Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 220
abril a junho de 2012

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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

Secretaria-Geral da Presidência
Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves

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, José Carlos Bezerra de Siqueira Júnior (estagiário), Larissa Luiza Braga e Silva (estagiária), Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Eduardo Franco Dias

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Lilian de Lima Falcão Braga, Mariana Sanmartin de Mello 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 Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (25-6-2003), Presidente
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (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 Antonio CEZAR PELUSO (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 Enrique RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro Antonio CEZAR PELUSO
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro LUIZ FUX – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro LUIZ FUX

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministra ROSA WEBER

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro CEZAR PELUSO
Ministro GILMAR MENDES
Ministro DIAS TOFFOLI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 613

ÍNDICE NUMÉRICO 639

ACÓRDÃOS

EXTRADIÇÃO 1.140 — REPÚBLICA ITALIANA

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Governo da Itália — Extraditando: Pierluigi Bragaglia

Extradição executória requerida pelo Governo da Itália. 2. Tratado bilateral entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana (Decreto 863/1993). 3. Processamento do pedido de acordo com a Lei 6.815/1980. Requisitos formais atendidos. 4. Pedido baseado em quatro condenações transitadas em julgado impostas ao extraditando. Crimes de sequestro de pessoa, detenção e porte ilegítimo de armas, receptação, assalto e formação de quadrilha armada. 5. Dupla tipicidade: correspondência do ato delituoso nas leis brasileira e italiana. 6. Sentença proferida pelo Tribunal de Menores de Roma. Pedido inviável. Inimputabilidade do acusado à época dos fatos. Precedentes do STF. 7. Prescrição da pretensão executória no tocante às sentenças do Tribunal Penal de Apelação de Roma (17 de junho de 1988 e 21 de janeiro de 1991) e do Tribunal Penal de Roma de 7 de outubro de 1991. 8. Extradição indeferida. Prisão preventiva revogada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 21 de outubro de 2010 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de pedido de extradição executória, formulado pelo Governo da Itália, por intermédio da Nota Verbal 192/2008.

O pleito extradicional está baseado no art. 84 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), e no Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana em 17 de outubro de 1989.

Segundo a referida nota verbal, em 8 de julho de 1998, foi emitida a Ordem de Execução 15/93 R. Es. Ass. 129/94 R.G pela Procuradoria da República junto ao Tribunal de Roma, em desfavor do extraditando, para cumprimento de uma pena de doze anos e onze meses de prisão, resultante das sentenças definitivas de 17 de junho de 1988, de 7 de novembro de 1990, de 21 de janeiro de 1991 e de 7 de outubro de 1991, pelos crimes de sequestro de pessoa, detenção e porte ilegítimo de armas, receptação, assalto e formação de quadrilha armada (fl. 4).

Em 1º de julho de 2008, o então Relator, Ministro Cezar Peluso, decretou a prisão preventiva do extraditando (fl. 25, PPE 609).

Em 3 de julho de 2008, o extraditando foi recolhido às dependências da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo (fl. 30, PPE 609). Posteriormente, foi delegada ao Juízo da Seção Judiciária de São Paulo a competência para a realização do interrogatório (fl. 966).

Em 19 de novembro de 2008, os autos foram recebidos da Justiça Federal do Estado de São Paulo com o termo de interrogatório e a defesa escrita do extraditando (fls. 1018-1021 e 1037-1048).

No parecer de fls. 1163-1180, a Procuradoria-Geral da República assim discorreu sobre o interrogatório e a defesa prévia apresentada pelo extraditando:

> Constam dos autos o interrogatório do extraditando (fls. 1018-1021), bem como sua defesa técnica, na qual sustenta, em síntese: i) que deve ser desconsiderado qualquer pedido fundado no cumprimento de pena igual ou inferior a 1 (um) ano de reclusão, sob o risco de violar-se o art. 2º do Tratado bilateral específico; ii) que o acórdão condenatório do Tribunal dos Menores de Roma proferido em 7 de novembro de 1990 diz respeito a delito praticado quando ainda era menor de idade, tornando incabível seu deferimento; iii) que ocorreu a extinção da punibilidade em relação aos demais acórdãos condenatórios proferidos contra a sua pessoa, haja vista a ocorrência da prescrição das pretensões executórias; iv) que o Estado requerente não instruiu de maneira adequada o processo, faltando a cópia integral das decisões condenatórias de 1ª instância, informações relativas ao *quantum* de pena atribuído a cada delito praticado e não há referência ao acréscimo decorrente do concurso formal ou do crime continuado; v) que o Governo da Itália não pode invocar a prática do crime de terrorismo, tendo em vista que os fatos narrados são anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 e vi) que, especificamente quanto ao mérito, os crimes possuem conotação política, circunstância que obstaculiza o deferimento do pedido (fls. 1037-1048).
> (Fl. 1164.)

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi no sentido do indeferimento do pedido de extradição executória, nos termos da ementa transcrita:

> *Extradição executória formulada pelo Governo italiano. Pedido que se lastreia em quatro condenações transitadas em julgado impostas ao extraditando. Hipóteses que não configuram crime político. Princípio da preponderância (artigo 77, § 1º, da Lei n. 6.815/80). No mérito, ausência dos requisitos da dupla punibilidade e da dupla tipicidade. Parecer pelo indeferimento do pedido.*
> (Fl. 1163.)

Em 1º de outubro de 2010, revoguei a prisão preventiva decretada nestes autos à fl. 25 (PPE 609), determinando a expedição de alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas legais, ou seja, caso o extraditando não se encontrasse sob a custódia do Estado por motivo diverso do retratado nesta extradição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): O nacional italiano *Pierluigi Bragaglia* foi condenado à pena de doze anos e onze meses de reclusão, resultante da reunião de quatro acórdãos condenatórios, pela prática dos crimes de desvio ou subtração de armas; armas clandestinas; transporte ilícito, para local público ou aberto, de armas, substâncias químicas, explosivos e engenhos; sequestro de pessoas; assalto; receptação; atentado para o fim de terrorismo ou de eversão; favorecimento pessoal; quadrilha; associação subversiva e associação para fins de terrorismo ou de eversão da ordem democrática (Ordem de Execução 15/1993 emitida pela Procuradoria da República junto ao Tribunal de Roma).

Consta dos autos:

> Contra *Bragaglia* Pierluigi existem, entre outras, as seguintes condenações:
> 1) Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 17-6-88, irrevogável em 5-6-89: 14 anos e 2 meses de reclusão com interdição perpétua ao exercício de funções públicas, interdição legal pela duração da pena e liberdade vigiada por três anos; por violação dos artigos 56, 628, 3º parágrafo n. 1, 605, 648, 628, 3º parágrafo n. 1, 280, 378 C.P. e 12 e 14 da Lei 497/74; 21, 23 lei n. 110/75.
> crimes cometidos entre abril de 1981 e 5-3-1982;
> com despacho do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 14-12-89, perdoados 5 meses de reclusão ex D.P.R. (Decreto do Presidente da República) n. 865/86;
> com despacho do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 25-3-91, perdoados 2 anos de reclusão ex D.P.R. n. 394/90;
> 2) Sentença do Tribunal de Menores de Roma de 7-11-90, irrevogável em 10-12-1990: 11 meses de reclusão e 500.000 liras de multa, por violação dos artigos 2 e 7 da lei n. 895/1967;
> crime cometido em 25-1-77;
> com despacho do Tribunal de Menores de Roma de 27-2-91, perdoada toda a pena ex D.P.R. n. 394/90;

3) Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 21-1-1991, irrevogável em 11-12-91: 6 meses e 10 dias de reclusão, por violação dos artigos 12 e 14 da lei n. 497/74, pena acrescentada em continuidade delitiva à infligida na sentença indicada no item 1;

crime cometido em 5-12-79;

perdoados 10 dias de reclusão ex D.P.R. n. 865/86;

4) Sentença do Tribunal Penal de Roma de 7-10-91, irrevogável em 20-9-93: 1 ano de reclusão, assim subdividida:

a) 8 meses de reclusão por violação do artigo 306 C.P.;

b) 4 meses de reclusão por participação numa associação eversiva (artigo 270, 3º parágrafo e 270 bis, 2º parágrafo C.P.);

pena acrescentada em continuidade delitiva à infligida na sentença indicada no item 1;

crimes cometidos até 5-3-82

(...)

Determina

a pena residual a ser expiada por *Bragaglia* Pierluigi, detraindo a pena expiada, perdoada e perdoável, em 12 anos, 11 meses de reclusão, além da interdição perpétua ao exercício de funções públicas, interdição legal durante a pena e, uma vez expiada a pena, liberdade vigiada por 3 anos.

(Fls. 13-14.)

Inicialmente, verifico que o pedido de extradição, formulado pela República da Itália, contempla todas as formalidades legais, atendendo ao disposto nos arts. 80 da Lei 6.815/1980 e 11 do Tratado bilateral específico. Estão presentes os acórdãos condenatórios e os documentos que elucidam locais, datas, natureza e circunstância dos crimes em razão dos quais se demanda a extradição. Encontra-se devidamente individualizado e identificado o extraditando, e foram colacionados os textos legais pertinentes às condenações e ao procedimento que as precedeu.

Segundo a Nota Verbal 192/2008, o pedido extradicional compõe-se de quatro objetos distintos: Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 17 de junho de 1988; Sentença do Tribunal de Menores de Roma de 7 de novembro de 1990; Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 21 de janeiro de 1991 e Sentença do Tribunal Penal de Roma de 7 de outubro de 1991.

Passo à análise do primeiro acórdão condenatório: sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 17 de junho de 1988.

Conforme assevera o Governo requerente, o extraditando era membro de uma associação subversiva denominada *Nuclei Armati Rivoluzionari (N.A.R)*, agindo com finalidade de terrorismo e eversão da ordem democrática (fl. 37). As condutas criminosas ocorreram entre os meses de dezembro de 1979 e março de 1982.

Conforme ressaltou o Ministério Público Federal em seu parecer, o ponto mais complexo no exame do 1º objeto do presente pedido diz respeito à possível classificação desses fatos como crimes políticos puros, matéria prejudicial à análise dos requisitos da dupla punibilidade e da dupla tipicidade:

22. Apesar de a Nota Verbal mencionar a existência de um movimento político objetivando a alteração da própria vida do Estado italiano, na hipótese sob análise, houve mais do que a simples expressão da indignação com a política de uma época.

23. A sentença e o acórdão condenatórios referiram-se a crimes graves contra a vida e a incolumidade física, contra o patrimônio, contra a fé pública, aquisição de armas e munições, atuação de um bando armado. Ou seja, a noção que sobressai é a do cometimento de atos voltados, de forma genérica, contra a própria população italiana.

24. Dessarte, a eventual motivação política existente amesquinha-se, avultando a figura do crime comum. (...) o Supremo Tribunal Federal considerou que a motivação política dos fatos não autoriza, por si só, a classificação dos crimes como políticos.

No acórdão em exame, *Pierluigi Bragaglia* foi condenado por homicídio de *Alessandro Caravillani*, por tentativa de homicídio de *Dreossi* e por lesões corporais infligidas aos policiais *Paolo Espa* e *Antônio Petrillo*, além das infligidas a três passantes, *Alvaro Parlanti*, *Olga Ronci* e *Alessandra Falzetti*, durante o assalto ao banco *Banca Nazionale del Lavoro*, agência n. 2, ocorrido em 5 de março de 1982, que, **embora guardem certa motivação política, não tiveram como plano de fundo, por exemplo, uma manifestação ou rebelião**, além do que ceifaram a vida de um civil que se encontrava indefeso.

O extraditando também foi condenado pelo roubo qualificado praticado contra o *Banco di Roma*, agência n. 26, em 22 de março de 1982, e pelo crime de extorsão mediante sequestro de *Pier Carlo Croce* e outros, praticado em 28 de janeiro de 1982.

Pela descrição mencionada, conclui-se que os fatos relativos ao 1º objeto do pedido de extradição executória caracterizam-se como crimes comuns, sendo, portanto, passíveis de extradição.

Analiso, a seguir, a questão da dupla tipicidade.

Com relação aos crimes de detenção e porte ilegítimo de armas, menciona o Ministério Público Federal:

À época dos eventos criminosos relatados, o Estado brasileiro encontrava-se sob a égide da Emenda Constitucional n. 1/69, não havendo que se cogitar acerca da aplicação dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, ou da Lei 10.826/03, que dispõem sobre os crimes relativos às armas de fogo e munição.

45. Diante disso, não é possível o deferimento do pleito quanto aos crimes previstos nos artigos 10 e 12 da Lei n. 497/74, que estabeleceu Disposições para o Controle de Armas, pois, no Direito pátrio, de acordo com a legislação em vigor à época, tais delitos eram punidos à título de contravenção penal (Decreto-lei n. 3.688/41), não cabendo, pois, o pedido de extradição (art. 77, II, Lei n. 6.815/80).

46. No que diz respeito à condenação pelos crimes dispostos nos artigos 21 e 23 da Lei n. 110/75, que cuida das normas para o controle das armas, munições e substâncias explosivas, a hipótese é de indeferimento do pedido, tendo em vista que tais condutas são absorvidas pelos delitos de roubo qualificado; extorsão mediante sequestro, homicídio e tentativa de homicídio qualificados.

47. A posse das armas clandestinas constituem fatos necessariamente presentes a atingir o *desideratum* maior, constituindo-se, por conseguinte, em artefatos não puníveis.

> 48. É o chamado "delito progressivo", isto é, quando o agente para realizar a conduta que verdadeiramente almeja, tem de fatalmente cumprir etapas que, em si, seriam ilícitos criminais, mas que, no computo final, a este sucumbem.

Segundo os autos, o delito de atentado engloba os crimes de homicídio, tentativa de homicídio e de lesão corporal praticados pelo extraditando, correspondendo ao crime descrito no art. 26, parágrafo único, da Lei 6.620/1979 (crimes contra a Segurança Nacional).

O sequestro de pessoas e o assalto qualificado também se enquadram no art. 26, *caput*, da Lei 6.620/1979, em razão da finalidade pela qual foram praticados (*atentatória à Segurança Nacional).*

Os delitos de receptação e favorecimento pessoal equivalem aos crimes de receptação e de favorecimento pessoal, previstos nos arts. 180 e 348 do CPB.

Assim, no que se refere aos delitos de atentado, favorecimento pessoal, sequestro de pessoas, assalto qualificado e receptação, previstos, respectivamente, nos arts. 280, 378, 605, 628 e 648 do Código Penal da Itália, observa-se a presença do requisito da dupla tipicidade.

Quanto à configuração da **prescrição** nos termos das leis brasileira e italiana, observa-se a sua ocorrência, o que inviabiliza a extradição. É o que também indica a Procuradoria-Geral da República em sua manifestação (fls. 1176-1177):

> Apesar de a pena total imposta a *Pierluigi Bragaglia* pelo Tribunal Penal de Apelação de Roma em 17 de junho de 1988 ser de 14 (catorze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, o Estado requerente, por meio da Nota Verbal n. 111/2009, informou que a pena infligida pelo crime previsto no art. 280 do CP italiano foi de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e, para os demais delitos atribuídos ao extraditando, infligiu-se, à título de continuação, a pena de 10 (dez) meses de reclusão para cada um destes (fls. 1128-1130).
>
> 57. Destaca, ainda, o Governo da Itália que a quantificação de cada um dos aumentos de pena para cada crime não constam do acórdão condenatório.
>
> 58. Evidente, portanto, a extinção da punibilidade pela consumação da prescrição executória.
>
> 59. O art. 119 do Código Penal determina que "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente". Sendo assim, passa-se ao cálculo individualizado de cada condenação sofrida pelo extraditando.
>
> 60. Considerando que houve o trânsito em julgado da Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma em 5 de junho de 1989, a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses pelo crime de atentado prescreveu em junho de 1997 (art. 109, IV, CPB).
>
> 61. As demais condenações de 10 (dez) meses impostas ao extraditando à título de continuação prescreveram em junho de 1991 (art. 109, VI, CPB).
>
> (Fls. 1176-1177.)

Com relação à sentença proferida pelo Tribunal de Menores de Roma, voto pelo indeferimento da extradição.

Na espécie, as condutas atribuídas ao extraditando foram praticadas em janeiro de 1977, quando Pierluigi Bragaglia tinha apenas 17 anos e 1 mês de

idade. Considerando a inimputabilidade do acusado à época dos fatos, inviável é o pedido da extradição, que pressupõe o cometimento de crime e a imputabilidade penal (*Cf.* PPE 463, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 11-11-2003 e HC 72.419/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 27-10-1995).

Por fim, no que se refere aos dois últimos acórdãos condenatórios, ou seja, à sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma de 21 de janeiro de 1991 e à sentença do Tribunal Penal de Roma de 7 de outubro de 1991, também é inviável a extradição pela ocorrência da prescrição. Nesse mesmo sentido, a Procuradoria-Geral da República:

> 68. Segundo a Nota Verbal, foram impostas ao extraditando as penas de 6 (seis) meses e 10 dias de reclusão por violação aos arts. 12 e 14 da Lei n. 497/74, referente ao 3º objeto do pedido de extradição, e de 8 (oito) meses de reclusão por violação ao art. 306 do Código Penal italiano e de 4 (quatro) meses de reclusão por violação ao art. 270, 3º parágrafo e 270 bis, 2º parágrafo do Código Penal italiano, relativas ao 4º objeto (fl. 14).
>
> 69. Tendo em vista que as sentenças do Tribunal Penal de Apelação de Roma e do Tribunal Penal de Roma transitaram em julgado, respectivamente, em 11 de dezembro de 1991 e em 20 de setembro de 1993 (fls. 6; 14 e 173), patente a extinção da punibilidade (art. 109, VI, c/c 110, ambos do CPB) e a inviabilidade do pedido de extradição quanto aos 3º e 4º objetos (art. 77, VI, da Lei n. 6.815/80 e art. III, *b*, do Tratado bilateral específico).

Por tudo quanto posto, meu voto acolhe o parecer do Ministério Público Federal no sentido de indeferir o pedido extradicional e, por consequência, confirmo a liminar concedida para revogar a prisão preventiva decretada nestes autos.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.140/República Italiana — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Pierluigi Bragaglia (Advogados: Tiago Peres Barbosa e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de extradição. Falou pelo extraditando o Dr. Antônio Roberto Barbosa. 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. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 21 de outubro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 — RJ
(ADI 1.856-MC na *RTJ* 175/864)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Procurador-Geral da República — Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Ação direta de inconstitucionalidade – Briga de galos (Lei fluminense 2.895/1998) – Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa – Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga – Crime ambiental (Lei 9.605/1998, art. 32) – Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII) – Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural – Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada – Ação direta procedente.

Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes – Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade.

– A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes.

– A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.

– Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ("gallus-gallus"). Magistério da doutrina.

Alegação de inépcia da petição inicial.

– Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. 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 unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 26 de maio de 2011 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de ação direta de inconstitucionalidade, que, **proposta** pelo Procurador-Geral da República, **tem por finalidade** questionar a validade jurídico-constitucional **da Lei estadual** 2.895, de 20 de março de 1998, **do Estado** do Rio de Janeiro (fls. 2/4).

A Lei fluminense 2.895/1998 **foi editada** com o objetivo de legitimar a realização de exposições e de competições entre aves **não pertencentes** à fauna silvestre, **possuindo** o seguinte conteúdo normativo (fls. 5/6):

> ***Lei n. 2.895****, de 20 de março de 1998.*
>
> ***Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus****.*
>
> ***O Governador do Estado do Rio de Janeiro***,
>
> **Faço saber** que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º – Fica autorizada a criação e a realização de exposições e competições entre aves das Raças Combatentes em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, cuja regulamentação fica restrita na forma da presente Lei.

Art. 2º – As atividades esportivas do galismo inerentes a preservação de aves das Raças Combatentes serão realizadas em recintos e/ou locais próprios nas sedes das Associações, Clubes ou Centros Esportivos denominados rinhadeiros.

Art. 3º – Todas as Associações, Clubes ou Centros Esportivos seguirão as normas gerais da presente Lei, e, supletivamente, cabendo a *Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro*, na forma estatutária, elaborar regulamentos anuais desta atividade esportiva, de forma a viabilizar a preservação desta espécie nos campeonatos realizados anualmente nas Sedes das Associações.

Art. 4º – A devida autorização para a realização dos eventos (exposições e competições) programadas anualmente pelas Associadas, será obtido por requerimento à autoridade competente local da Guarnição e ou Agrupamento de Incêndio (Corpo de Bombeiro) sob a forma de um Alvará (Certificado de Registro) após ter sido efetuado o pagamento da(s) taxa(s) ao erário.

Art. 5º – Os locais onde se realizarão os eventos deverão ser vistoriados anualmente pela autoridade competente antes de fornecer o Alvará como medida preventiva de proteção e segurança dos sócios frequentadores.

Art. 6º – Um médico veterinário e ou assistente capacitado atestará antes das competições, o estado de saúde das aves que participarão do evento.

Art. 7º – Em se tratando de competições internacionais com aves vindas do exterior, haverá um período mínimo de 72 horas para uma observação médica, mesmo que as aves venham acompanhadas de atestado de saúde.

Art. 8º – Fica terminantemente vedada a prática desta atividade em locais próximos a Igreja, Escola ou Hospital, se observando a distância mínima de 80 metros a fim de resguardar o silêncio, a ordem e o sossego público.

Art. 9º – Nos locais onde se realizam as competições é vedada a permanência de menores de 18 anos, a não ser quando acompanhadas dos pais ou responsáveis diretos.

Art. 10 – A Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro normatizará em 30 dias, contados da vigência desta Lei, o ingresso e a autorização para funcionamento de Associações, Clubes ou Centros Esportivos.

Art. 11 – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 20 de março de 1998.

(**Grifei.**)

O autor da presente ação direta **sustenta a inconstitucionalidade** de referido diploma normativo, **enfatizando** que tal regra – **ao** "autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)" (fl. 2) – **ofendeu** o preceito inscrito no art. 225, "*caput*", **c/c** o seu § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Eis, *em síntese*, **os fundamentos** que, **invocados** pelo eminente Procurador-Geral da República, **buscam justificar a pretensão de inconstitucionalidade** ora deduzida **na presente** sede de controle normativo abstrato (fls. 2/4):

(...) ***Com efeito****, sem embargo da motivação que estaria a revestir a edição do diploma normativo cuja validade jurídico-constitucional é ora questionada na presente ação direta de inconstitucionalidade,* ***o certo é que é inegável*** *que a Lei Estadual n. 2.895/1998* ***possibilita a prática de competição que submete os animais a crueldade****,* ***como é cediço dizer em se tratando de rinhas de brigas de galos****, em flagrante violação ao mandamento constitucional* ***proibitivo*** *de práticas cruéis envolvendo animais.*

Sucede que*, ao contrário de buscar proteger a fauna e a flora como medida para tornar efetivo o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e observar a vedação, na forma da lei, das práticas que submetam os animais a crueldade,* ***atuou o legislador estadual fluminense*** *ao largo da norma programática constitucional.*

Revela-se*, portanto,* ***a antinomia*** *entre o disposto na lei estadual* ***e*** *o texto constitucional,* ***na medida em que se afastou o legislador estadual*** *da observância ao princípio da intervenção estatal obrigatória* ***na defesa do meio ambiente*** *(art. 225, caput),* ***que torna compulsória*** *a atividade dos órgãos e agentes estatais,* ***não sendo despiciendo*** *citar, a título de ilustração, o magistério do Ilustre Professor Jorge Bustamante Alsina, para quem "Corresponde al Estado adoptar las disposiciones o normas administrativas que regulen tales actividades en vista de la preservación del ambiente, que le corresponde en ejercicio de los poderes de polícia inherentes a la Nación y a las províncias para proteger la vida, la propriedad, la seguridad la moralidad y la salud de los habitantes (...)" ("in", DERECHO AMBIENTAL – Abeledo-Perrot-Buenos Aires, p. 61/62).*

(**Grifei.**)

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, **ao prestar** as informações que lhe foram solicitadas, **manifestou-se pela improcedência** da presente ação direta, **propugnando**, *em consequência*, pelo reconhecimento **da plena validade constitucional** da norma ora impugnada (fls. 38/41):

Em atendimento *ao Ofício n. 336/P, solicitando informações para instruir a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.856, que tem por objeto a LEI ESTADUAL N. 2.895, de 20-3-98, encaminhamos a V. Ex.ª cópia do inteiro teor do processo legislativo que teve origem no PROJETO DE LEI N. 1.285/1995, dando origem à lei acima referida (DOC. I).*

Além da descrição do aludido processo legislativo*, oportuno se nos parece enfatizar que, "in casu", ao se positivarem regras, em lei bem fundamentada em seus diferentes aspectos, preocupação houve, por parte desta Casa Legislativa, em regulamentar-se atividade que, a partir da sua promulgação, passa-se a controlar e a fiscalizar, oficialmente, diversas associações e federações esportivas do setor, sob autorização e supervisão do Poder Público, exercida em locais apropriados, assegurada a observância de regras de estrita segurança.*

É inegável que*, sob o ponto de vista social, trata-se de um forte fator de integração de comunidades do interior deste Estado, como de resto ocorre em outros Estados, a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que no Rio de Janeiro há, aproximadamente, 100 (cem) rinhas e mais de 70 (setenta) centros esportivos.*

Sem prejuízo dessas primeiras considerações*, cumpre-nos enfatizar que, no plano jurídico, ao se promover o cotejo da lei estadual, nesta via impugnada, com o preceito do art. 225, "caput" c/c § 1º, inciso VII, da lei fundamental, verifica-se que afronta inocorre à norma que se extrai desse texto.*

Com efeito e segundo os ensinamentos do emérito Prof José Afonso da Silva *("in" Direito Ambiental Constitucional, Malheiros, São Paulo, 2. ed., 1995, p. 128 "usque" 129), ao tecer comentários sobre esse dispositivo constitucional, assevera que a Constituição de 1988 não mais comete competência exclusiva da União para legislar sobre caça, pesca e fauna, porém como competência concorrente entre ela, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, inciso VI), limitando-se a legislação federal a estabelecer normas gerais sobre a matéria. Enquanto a dos Estados e Distrito Federal, a estabelecer normas suplementares daquelas.*

Objeto de proteção*, observa o ilustre Professor de São Paulo, é a fauna como componente do ecossistemas.*

Em sentido lato*, prossegue, a palavra fauna refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo aí a fauna aquática, a fauna das árvores e de solo (insetos e microorganismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena).*

Não é de se incluírem os animais domésticos e domesticados*, nem os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados, remata o emérito constitucionalista.*

Sucede que*, na hipótese "sub examen", pretende-se estender o objeto da tutela ambiental ao galo de briga que, consoante pronunciamento formal do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, entidade vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (DOC. II), é considerado como ave doméstica, escapando pois daquela de âmbito material de incidência do comando constitucional.*

Ainda que se admitisse*, "ad argumentandum tantum", que estivesse o galo combatente incluído na fauna silvestre, mesmo assim não há como prosperar a pretensão na inicial deduzida.*

Nesse sentido*, cumpre aduzir, ao se perquirir o conteúdo semântico, o sentido normativo contido na expressão: "(...) vedada as práticas que (...) submetam os animais a crueldade", destacada na peça vestibular, verifica-se que o seu sentido é o de coibir práticas em que há ação do homem contra o animal, assim como ocorre na caça, no tiro ao pombo, na conhecida farra do boi.*

Na hipótese *do chamado "galismo" as aves lutam sem qualquer interferência direta do homem; brigam por seu espírito atávico, nada havendo a forçá-las a combater.*

Assim e sob o ponto de vista sistemático*, não se vislumbra na Carta Magna qualquer regra a restringir ou mesmo vedar a atividade regulada no referido diploma legal estadual, sendo certo que, ante as circunstâncias históricas, que informaram a origem do preceito constitucional não se referem ao galismo, porém à chamada "farra do boi", repita-se, este era o fim perseguido pelo legislador constituinte.*

Quer quanto à sua letra*, quer quanto ao seu espírito, a "ratio" que se extrai é a conformação da lei impugnada à Constituição Federal, não se vislumbrando, sob o ponto de vista dogmático, qualquer violação.*

Não se pode olvidar*, ainda, que, segundo o princípio da conservação das normas legais – princípio de interpretação das leis e atos normativos infraconstitucionais –, existindo duas ou mais interpretações de um preceito legal, deve optar-se pelo sentido constitucionalmente admissível, que permita a conservação da norma legal. Esta não deve ser invalidada ou declarada ineficaz, enquanto puder ser interpretada conforme a Constituição.*

Em síntese*, inocorre qualquer mácula, sob o prisma jurídico, na Lei n. 2.895/1998, podendo-se, quando muito, questionar o ato legislativo no plano meramente filosófico, se este fosse o plano em que debatida fosse a questão posta.*

***Entrementes e admitindo-o**, ainda uma vez tão só para efeito de debate, mesmo assim não há como prosperar a pretensão na inicial deduzida, pois o legislador estadual deparou-se, no exercício de atividade discricionária político-legislativa, com duas opções: a) permanecer inerte, nada regulamentando; ou b) disciplinar a atividade.*

***Preferiu-se a segunda**, posto que o controle, a finalização da atividade se constituem em atos que materializam o exercício regular do poder de polícia, na verificação da normalidade da atividade, consoante as normas legais e regulamentares pertinentes.*

***Em face de tais razões**, esperamos e confiamos que:*

***a) não se conceda a liminar postulada**, ante a manifesta ausência, "in casu", dos seus pressupostos;*

***b) seja julgado improcedente o pedido**, ante a inquestionável constitucionalidade da Lei n. 2.895/1998.*

(**Grifei.**)

O Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, *por sua vez*, **ao pedir** a improcedência da presente ação direta, **apoiou-se**, *em síntese*, **nas seguintes informações** (fls. 52/55):

***Cabe enfatizar a inépcia da inicial**, já que o autor, sob a sumária argumentação que lhe parece ser suficiente para sustentar o pedido, não indica quais os dispositivos da Lei impugnada entende serem frontalmente contrários à Constituição Federal, assim como não fundamenta, de forma especificada, porque cada um dos dispositivos, do ato impugnado são inconstitucionais.*

(...)

***Ademais**, guardando o mesmo defeito, por outro ângulo, a inépcia da exordial emerge, também, da falha oriunda da "narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão" (art. 295, parágrafo único, inciso II do CPC).*

***Ora**, se é que o nódulo do pedido é lastreado na possível crueldade com animais, não se tratando de hipótese submetida à ficção legal que assim qualifique a conduta determinada, só pode ser constatada mediante a produção de prova, o que em sede de controle concentrado e "abstrato" de constitucionalidade é inadmissível.*

***Com a devida vênia as deformidades do pedido recomendam o não conhecimento da Ação Direta**, como comandam os incisos I a III do art. 295 do Código de Processo Civil.*

(...)

*(...) **não se enxerga na lei atacada onde ela possa agredir o meio ambiente**, ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade por práticas que, de acordo com os dispositivos citados da Constituição, sejam definidas "na forma da lei".*

***A natureza limitada da eficácia do comando constitucional imprescinde da definição de quais são essas práticas que**, ademais, uma vez fixadas, se transgredidas, ensejariam uma hipótese de "ilegalidade" e "não" de "inconstitucionalidade".*

***A indefinição deixa ao léu e sob o crivo do contexto probatório saber-se**, por exemplo, se a prática de corridas de cavalos poderia ser enquadrada como conduta a ser programaticamente combatida, ante a falta de tipificação legal, levando à subjetividade, a conceitos fluídos e pouco palpáveis, à arbitrariedade, ao abuso de poder e aí sim à flagrante contrariedade do texto constitucional onde prevê que nenhuma*

conduta terá comando senão o da lei (art. 5º, II, da CF), assim como ao seu mais importante princípio norteador de todo o resto do sistema: a democracia (art. 1º da CF).

***Não há**, pois, no texto impugnado, ofensa direta ao texto constitucional, que ao contrário do alegado, traz em si regras de preservação e de poder de polícia, para a segurança de eventos que envolvem a participação de grande número de indivíduos, ordenando uma das formas de convívio social.*

(...)

***Espera-se**, por fim, como consequência das informações prestadas, **que esse Pretório Excelso não conheça** da ação, por força **da preliminar** levantada **ou**, **se ultrapassada**, o que se cogita em honra do princípio da eventualidade, que, no mérito, **a julgue improcedente**.*

(**Grifei.**)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao deferir** o pedido de medida cautelar **formulado** pelo autor da presente ação direta, **decidiu**, por unanimidade de votos, "***suspender**, até final julgamento da ação direta, **a execução e a aplicabilidade** da Lei 2.895, de 20-3-1998, do Estado do Rio de Janeiro*", **fazendo-o** em acórdão assim ementado (fl. 120):

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. "BRIGA DE GALOS".

***I – A Lei 2.895**, de 20-3-1998, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: CF, art. 225, § 1º, VII.*

***II – Cautelar deferida**, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20-3-1998, do Estado do Rio de Janeiro.*

O eminente Advogado-Geral da União, **acolhendo as manifestações** da Assembleia Legislativa **e** do Governador do Estado do Rio de Janeiro, **opinou pela improcedência** do pedido (fls. 87/95).

O Ministério Público Federal, *no entanto*, **em pronunciamento** da douta Procuradoria-Geral da República, **opinou pela procedência do pedido**, fazendo-o com apoio em parecer **que está assim ementado** (fls. 97/103):

***Ação Direta de Inconstitucionalidade**. **Direito Constitucional e Ambiental**. **Lei Fluminense n. 2.895**, de 20 de março de 1998, **que regulamentou a "rinha de galos"** como esporte. **Preliminar de inépcia rejeitada**. Desnecessária a impugnação específica e individualizada de cada dispositivo da lei atacada. **Inconstitucionalidade presente em todo o texto legal e demonstrada pelo autor**. **Mérito**. **Artigo 225**, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal. **A proibição de submissão de animais a práticas cruéis abrange todos exemplares da fauna**, ainda que domesticados e em cativeiro. **Parecer pela procedência da ação**.*

(**Grifei.**)

Este é o relatório, de cujo texto a Secretaria **remeterá cópia** a todos os eminentes Senhores Ministros deste Egrégio Tribunal (**Lei 9.868/1999**, art. 9º, *caput*; **RISTF**, art. 172).

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): *Preliminarmente*, Senhor Presidente, **impõe-se ressaltar** que a petição inicial formulada pelo eminente Procurador-Geral da República, **diferentemente** do alegado nas informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, **não se reveste** do vício da inépcia.

Com efeito, a petição inicial em questão **observa**, *de maneira exata*, a **estrutura formal** que deve orientar a elaboração dessa peça processual, **respeitando**, *inteiramente*, **a exigência** que hoje se contém **no art. 3º** da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, **que assim dispõe**:

> ***Art. 3º A petição indicará:***
> ***I*** *– o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;*
> ***II*** *– o pedido, com suas especificações.*
> (**Grifei.**)

No caso, a petição inicial – **com que se viabilizou** a instauração do processo de controle normativo abstrato – **impugna a validade constitucional** da Lei fluminense 2.895/1998, **indica** a norma de parâmetro por ela alegadamente transgredida (**CF**, art. 225, § 1º, VII), **estabelece a situação de antagonismo** entre o diploma normativo em questão **e** o texto da Constituição da República, **fundamenta as razões** consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor, **expondo-as** de maneira inteligível, **para**, *afinal*, **postular** o reconhecimento da procedência do pedido, **com a consequente** declaração *de ilegitimidade constitucional* da legislação editada pelo Estado do Rio de Janeiro, **delimitando**, *desse modo*, **o âmbito material** do julgamento **a ser pronunciado** pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe assinalar, *por oportuno*, que, *em casos virtualmente semelhantes* ao que ora se registra nestes autos (**ADI 30/PR**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 2.157-MC/BA**, Rel. Min. MOREIRA ALVES), o Supremo Tribunal Federal **afastou a alegada inépcia** da inicial, **como o evidencia** julgamento consubstanciado, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

> ***(...) ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: INOCORRÊNCIA.***
> ***– Não se revela inepta*** *a petição inicial, que,* ***ao impugnar*** *a validade constitucional de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral, (****a****)* ***indica****, de forma adequada,* ***as normas de parâmetro****, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (****b****)* ***estabelece****, de maneira clara,* ***a relação de antagonismo*** *entre esse ato estatal de* ***menor*** *positividade jurídica* ***e*** *o texto da Constituição da República, (****c****)* ***fundamenta****, de modo inteligível,* ***as razões*** *consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor* ***e*** *(****d****)* ***postula****, com objetividade,* ***o reconhecimento*** *da procedência do pedido,* ***com a consequente declaração*** *de ilegitimidade constitucional da resolução questionada em sede de controle normativo abstrato,* ***delimitando****, assim,* ***o âmbito material*** *do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal.*
> (**RTJ** 195/812-816, **814-815**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Impende asseverar, *ainda*, que, **diversamente** do sustentado nas informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, **o fato de a inicial estar baseada** na "*crueldade*" **não** indica, *só por si*, **que a verificação** da constitucionalidade (**ou** da inconstitucionalidade) **necessite de prova**, *especialmente* na hipótese em exame ("*briga de galos*"), em que as aves, *todos o sabemos*, **sofrem** ferimentos *quando em combate*.

Com tais considerações, **entendo** que a petição inicial elaborada pelo eminente Procurador-Geral da República **não se qualifica** como peça processual inepta, **revelando-se**, *ao contrário*, **instrumento** *juridicamente idôneo* **e** *formalmente apto* **a viabilizar** a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Inacolhível, *de outro lado*, **a alegação** de inépcia **sustentada** pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (fls. 52/55) **e** pelo Advogado-Geral da União (fls. 87/95), **quando afirmam que se impunha**, ao Procurador-Geral da República, **impugnar** a validade constitucional **de cada um** dos 11 (onze) artigos da lei fluminense ora em exame.

Tenho para mim *que assiste plena razão* à douta Procuradoria-Geral da República, quando, **ao refutar** essa alegação de inépcia, **expende** a seguinte manifestação (fls. 97/103):

> ***Inicialmente, a preliminar*** *aduzida pelo primeiro requerido* ***deve ser rejeitada.***
>
> ***O autor requereu*** *a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual n. 2.895/98,* ***fundamentando*** *seu pedido* ***na contrariedade*** *ao artigo 225, § 1º,* ***inciso*** *VII, da Constituição Federal.* ***A inconstitucionalidade arguida pelo autor estaria presente em todo o diploma legal, sendo desnecessária*** *a impugnação específica* ***e*** *individualizada* ***de cada*** *dispositivo da lei* ***apontada*** *como inconstitucional, como afirma o primeiro requerido.*
>
> (**Grifei.**)

Com efeito, **o exame** do diploma normativo ora questionado **evidencia** que o Estado do Rio de Janeiro, **com a edição** de referida lei, **objetivou disciplinar** a "*briga de galos*", **estabelecendo**, *no texto da legislação em causa*, **diversas** regras **destinadas** a viabilizar **e** a regular competições entre aves *das Raças Combatentes* em todo o território estadual, **determinando** os locais em que tais atividades poderão, ou não, ser realizadas, **impondo**, *ainda*, **a atestação**, por médico veterinário (**ou** assistente capacitado) do "*estado de saúde das aves que participarão do evento*", **com especial regulação** das competições internacionais "*com aves vindas do exterior*", **proibida**, *sempre*, **a permanência** de menores de 18 anos, **quando** desacompanhados dos pais ou responsáveis diretos, **o que demonstra** que **todos** esses preceitos legais foram **concebidos** *com um só propósito*: **o de minudenciar** a regulamentação da prática de "*competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus*", **que constitui** *a própria razão de ser* da Lei fluminense 2.895/1998.

O autor da presente ação direta, **ao sustentar a inconstitucionalidade** da "*briga de galos*", **porque incompatível** com a cláusula constitucional **que protege** os animais **contra** a crueldade, **questionou**, *em sua globalidade*, a Lei 2.895/1998, **editada** pelo Estado do Rio de janeiro, **pelo fato de**, *reconhecida* a sua invalidade jurídica, **não poder subsistir** em sua integralidade, **eis que**, *insista-se*, **todas** as regras constantes *acham-se instrumentalmente vinculadas* **e** *funcionalmente vocacionadas* a tornar viável **e** operacional, **naquela** unidade da Federação, **uma prática** que o ordenamento positivo brasileiro **considera** *ilícita* **e** *criminosa*, **como resulta claro do art. 32** da Lei 9.605/1998, **que contém**, *no ponto*, **a seguinte** *cláusula de tipificação penal*:

> ***Art. 32. Praticar*** *ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*
>
> ***Pena*** *– detenção, de três meses a um ano, e multa.*
>
> *§ 1º* ***Incorre*** *nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.*
>
> *§ 2º* ***A pena é aumentada de um sexto a um terço****, se ocorre morte do animal.*
>
> (**Grifei.**)

É por tal motivo que as diversas regras **que compõem** o diploma legislativo em causa *somente se justificam* **se** consideradas *em razão da globalidade* da lei estadual em questão, **pois** mencionadas regras *sequer* subsistiriam **senão** em face *da finalidade última* a que aderem **e** em função da qual foram concebidas: **a realização** de "*competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)...*".

Daí a completa desnecessidade da impugnação, *artigo por artigo*, do diploma legislativo em referência.

Cabe reconhecer, *por isso mesmo*, **a inteira correção formal** da impugnação, que, **deduzida** pelo eminente Procurador-Geral da República, **dirige-se a todo o complexo normativo** com que o Estado do Rio de Janeiro **disciplinou**, *no plano local*, **a prática** da "*briga de galos*".

Feitas tais observações, **passo a julgar** o fundo da presente controvérsia constitucional, **instaurada** em razão *da evidente inconstitucionalidade* da Lei 2.895/1998, **editada** pelo Estado do Rio de Janeiro.

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade do diploma legislativo em referência **reside na prática** de atos revestidos **de inquestionável crueldade** contra aves das Raças Combatentes ("*gallus-gallus*") **que são submetidas** a maus-tratos, em competições promovidas **por infratores** do ordenamento constitucional **e** da legislação ambiental, **que transgridem**, *com seu comportamento delinquencial*, **a regra** constante **do inciso VII** do § 1º do art. 225 da Constituição da República, **que contém** prescrição normativa **cujo teor está assim enunciado**:

> ***Art. 225*** *(...)*
>
> *§ 1º* ***– Para assegurar a efetividade*** *desse direito,* ***incumbe*** *ao poder público:*

(...)

VII *–* ***proteger*** *a fauna e a flora,* ***vedadas****, na forma da lei,* ***as práticas que coloquem em risco*** *sua função ecológica,* ***provoquem*** *a extinção de espécies* ***ou submetam os animais a crueldade****.*

(**Grifei.**)

Vê-se, *daí*, que o constituinte **objetivou**, *com a proteção* da fauna **e** *com a vedação*, dentre outras, **de práticas que** "*submetam os animais a crueldade*", **assegurar a efetividade** do direito fundamental à preservação **da integridade** do meio ambiente, **que traduz** conceito amplo **e** abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) **e** de meio ambiente laboral, **consoante ressalta** o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, "**Curso de Direito Ambiental Brasileiro**", p. 20/23, item n. 4, 6. ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Direito Ambiental Constitucional**", p. 21/24, itens n. 2 **e** 3, 4. ed./2. tir., 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, "**Meio Ambiente Urbano**", p. 42/54, item n. 4. 2005, Forense Universitária, *v.g.*).

É importante assinalar, *neste ponto*, **que a cláusula** inscrita **no inciso VII** do § 1º do art. 225 da Constituição da República, **além** de veicular conteúdo **impregnado** de alto significado ético-jurídico, **justifica-se** *em função de sua própria razão de ser*, **motivada pela necessidade de impedir** a ocorrência de situações de risco **que ameacem ou que façam periclitar** *todas as formas de vida*, **não só** a do gênero humano, **mas**, *também*, a própria vida animal, cuja integridade **restaria comprometida** por práticas aviltantes, perversas **e** violentas contra os seres irracionais.

Resulta, *pois*, da norma constitucional **invocada** como parâmetro de confronto (**CF**, art. 225, § 1º, **VII**), **o sentido revelador** do vínculo que o constituinte **quis estabelecer** ao dispor **que o respeito** pela fauna em geral **atua** *como condição inafastável* de subsistência **e** preservação do meio ambiente **em que vivem** os próprios seres humanos.

Evidente, *desse modo*, **a íntima conexão** que há **entre** o dever ético-jurídico **de preservar** a fauna (**e de não incidir** *em práticas de crueldade contra animais*), de um lado, **e a própria subsistência** do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro.

Cabe reconhecer, *portanto*, Senhor Presidente, o impacto *altamente* negativo que representaria, **para a incolumidade** do patrimônio ambiental dos seres humanos, **a prática** de comportamentos predatórios **e** lesivos à fauna, *seja* **colocando** em risco a sua função ecológica, *seja* **provocando** a extinção de espécies, *seja*, ainda, **submetendo** *os animais a atos de crueldade*.

Daí a enorme importância de que se revestem os preceitos inscritos **no art. 225** da Carta Política **que traduzem**, *na concreção de seu alcance*, **a consagração constitucional**, em nosso sistema de direito positivo, **de uma das mais expressivas** prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica *por seu caráter de metaindividualidade*, **consiste** no reconhecimento **de que todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, *consoante já o proclamou* o Supremo Tribunal Federal (**RTJ 158/205-206**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **com apoio** em douta lição expendida por CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), **de um típico direito de terceira geração** (ou de **novíssima** dimensão), **que assiste**, *de modo subjetivamente indeterminado*, **a todo o gênero humano**, circunstância essa **que justifica** a especial obrigação – **que incumbe** ao Estado **e** à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 138/141, item n. 3, 19. ed., 2011, Malheiros) – de defendê-lo **e** de preservá-lo **em benefício das presentes e futuras gerações**, **evitando-se**, *desse modo*, **que irrompam**, no seio da comunhão social, *os graves conflitos intergeneracionais* marcados pelo **desrespeito** ao dever de solidariedade **na proteção** da integridade desse bem essencial, **comum** a todos quantos compõem o grupo social.

Vale referir, Senhor Presidente, *neste ponto*, **até mesmo em face da justa preocupação** revelada pelos povos **e** pela comunidade internacional **em tema** de direitos humanos, **que estes**, *em seu processo de afirmação* **e** *consolidação*, **comportam diversos** níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los **em ordens**, **dimensões ou fases sucessivas** resultantes de sua evolução histórica.

Nesse contexto, **e tal como enfatizado** por esta Suprema Corte (**RTJ** 164/158-161), **impende destacar**, *na linha desse processo evolutivo*, *os direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos), **que compreendem** as liberdades clássicas, negativas ou formais, **e que realçam** o princípio da liberdade.

Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), *de outro lado*, **identificam-se** com as liberdades positivas, reais ou concretas, **pondo em relevo**, *sob tal perspectiva*, o princípio da igualdade.

Cabe assinalar, Senhor Presidente, **que os** *direitos de terceira geração* (ou de **novíssima** dimensão), que materializam **poderes de titularidade coletiva** atribuídos, *genericamente*, **e de modo difuso**, **a todos** os integrantes dos agrupamentos sociais, **consagram** o princípio da solidariedade **e constituem**, *por isso mesmo*, **ao lado** dos denominados direitos *de quarta* geração (como o direito ao desenvolvimento **e** o direito à paz), **um momento importante** no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, **qualificados** estes, *enquanto valores fundamentais indisponíveis*, como prerrogativas **impregnadas** de uma natureza **essencialmente** inexaurível, **consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, "**Desafios: Ética e Política**", p. 239, 1995, Siciliano).

Cumpre rememorar, *bem por isso*, **na linha** do que vem de ser afirmado, **a precisa lição** ministrada por PAULO BONAVIDES ("**Curso de Direito Constitucional**", p. 481, item n. 5, 4. ed., 1993, Malheiros), **que confere** particular ênfase, **dentre** os direitos **de terceira** geração (ou de **novíssima** dimensão), *ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*:

Com efeito, ***um novo polo jurídico*** *de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade.* ***Dotados*** *de altíssimo teor de humanismo e universalidade,* ***os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se*** *neste fim de século* ***enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo****, de um grupo ou de um determinado Estado.* ***Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo****, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.* ***Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes*** *ao desenvolvimento, à paz,* ***ao meio ambiente****, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.*

(**Grifei.**)

A preocupação com o meio ambiente – *que hoje transcende* o plano das presentes gerações, **para também atuar** em favor *das gerações futuras* (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 138/141, item n. 3, 19. ed., 2011, Malheiros) – **tem constituído**, *por isso mesmo*, **objeto** de regulações normativas **e** de proclamações jurídicas, que, **ultrapassando** *a província meramente doméstica do direito nacional* **de cada** Estado soberano, **projetam-se** no plano **das declarações internacionais**, que refletem, *em sua expressão concreta*, o **compromisso** das Nações **com o indeclinável respeito** a esse direito fundamental *que assiste a toda a Humanidade*.

A questão do meio ambiente, *hoje*, **especialmente** em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) **e** das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), **passou a compor** um dos tópicos *mais expressivos* **da nova agenda internacional** (GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "**Direito Ambiental Internacional**", 2. ed., 2002, Thex Editora), *particularmente* no ponto em que se reconheceu, **ao gênero humano**, o direito fundamental à liberdade, à igualdade **e ao gozo de condições de vida adequada**, em ambiente que lhe permita desenvolver **todas** as suas potencialidades **em clima** de dignidade e de bem-estar.

Extremamente valioso, *sob o aspecto ora referido*, **o douto magistério** expendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Direito Ambiental Constitucional**", p. 69/70, item n. 7, 7. ed., 2009, Malheiros):

A "Declaração de Estocolmo" *abriu caminho* ***para que as Constituições supervenientes*** *reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado* ***como um "direito fundamental"*** *entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de "direitos a serem realizados" e "direitos a não serem perturbados".*

(...)

O que é importante *(...) é que se tenha a consciência de que* ***o direito à vida****, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem,* ***é que há de orientar*** *todas as formas de atuação* ***no campo da tutela do meio ambiente****. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no*

*texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: "**a qualidade da vida**".*
(**Grifei.**)

Dentro desse contexto, Senhor Presidente, **emerge**, *com nitidez*, **a ideia** de que o meio ambiente **constitui** patrimônio público *a ser necessariamente assegurado e protegido* pelos organismos sociais **e** pelas instituições estatais, **qualificando-se** como encargo irrenunciável que se impõe – *sempre em benefício* das presentes **e** das futuras gerações – **tanto** ao poder público **quanto** à coletividade em si mesma considerada (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Polícia do Meio Ambiente**", "*in*" **Revista Forense** 317/179, **181**; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira**", "*in*" **Revista Forense** 317/161, **167-168**, *v.g.*).

Na realidade, Senhor Presidente, **o direito à integridade** do meio ambiente **constitui** prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, **refletindo**, *dentro do processo de afirmação dos direitos humanos*, **a expressão significativa** de um poder deferido, **não ao indivíduo** identificado em sua singularidade, **mas**, *num sentido verdadeiramente mais abrangente*, **atribuído** à própria coletividade social.

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, *tal como se qualifica* o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **constitui**, *portanto*, uma realidade **a que não mais** se mostram alheios ou insensíveis, **como precedentemente ressaltado**, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais **e** as formulações normativas proclamadas no plano internacional, **como enfatizado** por autores eminentes (JOSÉ FRANCISCO REZEK, "**Direito Internacional Público**", p. 223/224, item n. 132, 1989, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Direito Ambiental Constitucional**", p. 46/57 **e** 58/70, 7. ed., 2009, Malheiros).

O ordenamento constitucional brasileiro, **para conferir** efetividade **e proteger** a integridade **do direito fundamental** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **visando**, *com tais objetivos*, **neutralizar** o surgimento de *conflitos intergeneracionais*, **impôs**, *ao poder público*, dentre **outras** medidas essenciais, **a obrigação** de proteger a fauna, **vedadas**, *para tanto*, **práticas** que coloquem em risco sua função ecológica **ou** que provoquem a extinção de espécies **ou**, *ainda*, **que submetam os animais a atos de crueldade**.

Vale relembrar a precisa abordagem doutrinária sobre o tema da *proteção à fauna* que o ilustre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. DANIEL R. FINK, **expôs** *ao tratar* da relação jurídica ambiental **e** da questão pertinente à exigência de sustentabilidade (JOSÉ ROBERTO MARQUES, "**Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental**", p. 117, item n. 4.1, 2009, Millennium):

Proteção da fauna e flora, vedadas as práticas que *coloquem em risco sua função ecológica, provoquem sua extinção* ***ou submetam os animais à crueldade*** *(****inciso*** *VII).* ***Fauna e flora são importantes componentes do meio ambiente natural****, biológico,* ***que têm sido objeto de especial proteção*** *de diversas normas ambientais.* ***São****, sem dúvida,* ***o aspecto mais visível*** *do meio ambiente e para os quais o leigo se remete quando pensa no tema.* ***Há gradações das restrições*** *estabelecidas nas leis ambientais sobre esses temas.* ***Há proteções parciais e absolutas****.* ***Proibição absoluta já vem impressa no próprio dispositivo****,* ***que não permite práticas que*** *ameacem sua função ecológica, possam provocar sua extinção ou* ***submetam os animais à crueldade****. As proibições relativas dependerão do grau de importância que determinadas espécies ou ecossistemas têm para a vida, qualidade de vida e meio ambiente.*

(**Grifei.**)

Cabe assinalar, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, **em tema** de crueldade contra animais, **tem advertido**, em **sucessivos** julgamentos, **que a realização** de referida prática *mostra-se frontalmente incompatível* com o disposto no art. 225, § 1º, **inciso** VII, da Constituição da República:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE*.* ***A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais****, incentivando a valorização e a difusão das manifestações,* ***não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal****, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade.* ***Procedimento discrepante da norma constitucional*** *denominado "farra do boi".*

(**RE 153.531/SC**, Rel. p/ o ac. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei.**)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.366/2000 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE "BRIGAS DE GALO".

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil*. Precedentes da Corte.*

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente*.*

(**ADI 2.514/SC**, Rel. Min. EROS GRAU – **Grifei.**)

INCONSTITUCIONALIDADE*.* ***Ação direta. Lei 7.380/1998****, do Estado do Rio Grande do Norte.* ***Atividades esportivas com aves das raças combatentes****.* ***"Rinhas" ou "Brigas de galo"****.* ***Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente****. Precedentes.* ***É inconstitucional a lei estadual*** *que autorize* ***e*** *regulamente,* ***sob título*** *de práticas ou* ***atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes****,* ***as chamadas "rinhas" ou "brigas de galo"****.*

(**ADI 3.776/RN**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **Grifei.**)

Impende destacar que, *em período que antecedeu* a promulgação **da vigente** Constituição, **esta** Suprema Corte, em decisões proferidas há *quase* 60 (sessenta) anos, **já enfatizava** que as "*brigas de galos*", **por configurarem**

atos de crueldade **contra** referidas aves, **deveriam expor-se** à repressão penal do Estado (**RE** 39.152/SP, Rel. Min. HENRIQUE D'ÁVILA – **RHC** 35.762/SP, Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, *v.g.*), **eis que** – *como então reconhecia* o Supremo Tribunal Federal – "*A briga galo não é um simples desporto, **pois maltrata os animais em luta***..." (**RHC 34.936/SP**, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO – **Grifei**).

Cumpre ressaltar que esse entendimento jurisprudencial, **no sentido** de que as "*brigas de galos*" constituem *atos de crueldade* contra os animais, **reflete-se**, *por igual*, **no magistério doutrinário** (ALEXANDRE GAETA, "**Código de Direito Animal**", p. 60/61, 2003, Madras; DIOMAR ACKEL FILHO, "**Direito dos Animais**", p. 84, item n. 8.5, 2001, Themis; EDNA CARDOZO DIAS, "**Inconstitucionalidade e Ilegalidade das Rinhas de Galo**", "*in*" Fórum de Direito Urbano e Ambiental, p. 2041, ano 3, n. 8, nov./dez. 2004, Editora Fórum; EDNA CARDOZO DIAS, "**A Tutela Jurídica dos Animais**", p. 182/198, item n. 5.5.1, 2000, Mandamentos; HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, "**Crueldade Contra Animais e a Proteção Destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional**", "*in*" Revista de Direito Ambiental, p. 60/61, item n. 2.3, ano 2, julho-setembro de 1997, *v.g.*), **valendo reproduzir a lição** de LÍLIA MARIA VIDAL DE ABREU PINHEIRO CADAVEZ ("**Crueldade Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro**", "*in*" Revista Direito e Justiça, vol. 34, n. 1, p. 113/115, item n. 3.3.1, jan./jun., 2008, ediPUCRS):

> ***Destacamos**, neste estudo, **as denominadas** "**brigas de galo**", pois são de atual repercussão no meio jurídico e social (...). **Há tentativas** de legalizar esta prática no Brasil, **sob a justificativa** de ser "uma conduta que faz parte da manifestação cultural de várias regiões" e "uma realidade existente e enraizada na sociedade".*
>
> ***Nesta prática**, **os animais são provocados** pelo homem, **que os coloca na arena** para uma luta **até a morte** de um deles. **Envolve atos de crueldade**. **Para esse momento de luta**, os galos são preparados, cortando-lhes cristas e barbelas **sem o uso** de anestesia. O bico e as esporas são reforçados com aço inoxidável, e a luta **não termina** enquanto um deles **não morrer** na rinha.*
>
> ***Frente ao tema**, Helita Barreira Custódio nos declara que, **de acordo com o conceito constitucional** de ato cruel, **consideram-se crueldade** contra animais **os espetáculos violentos** como lutas entre estes seres **até** a exaustão **ou** a morte, **além** de outras condutas referidas pela autora. **Na mesma linha**, Édis Milaré cita, entre outras, **a briga de galo como uma prática de crueldade para com a fauna**, pois nela o "conceito de cruel condiz com a **ideia de submeter o animal a um mal desnecessário**".*
>
> *A nossa Constituição Federal de 1988 **proíbe** as práticas **que submetam** os animais à crueldade. **A vedação constitucional abrange**, **portanto**, **as** "**brigas de galo**", **pois**, nas palavras de Érika Bechara: "alguém ousará sustentar que brigas de galo são necessárias ao bem-estar coletivo?" **Esse**, inclusive, **é o posicionamento** do Supremo Tribunal Federal (...).*
>
> *(...)*
>
> *Para José Rubens Morato Leite, **a posição** do Supremo Tribunal Federal, (...) **referente** às "brigas de galo", **estabelecendo** a dicção correta do dispositivo constitucional **que veda a crueldade** contra os animais, **impediu** que "a integridade*

ideológica do texto constitucional ***cedesse*** *à sedutora opção que insiste em compreender práticas dessa natureza como expressões legítimas do patrimônio cultural específico de algumas comunidades (...)".*

Segundo Paulo Affonso Leme Machado*, com a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998),* ***as atividades que fazem*** *os animais enfrentarem-se em lutas* ***ou*** *disputas* ***passaram a caracterizar*** *o crime do art. 32 da Lei n. 9.605/1998, visto anteriormente neste trabalho.* ***As "brigas de galo" são consideradas práticas cruéis contra os animais****.* ***Este é****, também,* ***o entendimento*** *do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como se pode ver abaixo:*

> *"EMENTA:* ***Administrativo****.* ***Meio Ambiente****.* ***Rinha de Galos****.* ***À vista*** *de recente jurisprudência do Pretório Excelso,* ***é lícito considerar*** *a briga de galos* ***como prática*** *de crueldade para com os animais.* ***Competição Esportiva****,* ***Crueldade*** *contra Animal.* ***Interdição*** *de Estabelecimento.* ***Prática Abusiva****,* ***Prejuízo****,* ***Fauna****.* ***Licitude****, Autuação, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA)."*
>
> ***Na mesma linha****, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,* ***em decisão mais recente****, datada de 11 de abril de 2005,* ***julgou****, por unanimidade,* ***inconstitucional*** *a Lei n. 310-01/2001, de 27 de novembro de 2001,* ***do Município*** *de Fazenda Vilanova* ***que autoriza*** *"a criação e realização de exposição e competição de aves das raças combatentes exóticas com licenciamento do IBAMA, a fim de preservação dessas espécies".* ***A seguir****,* ***a Ementa****:*
>
> > *"EMENTA:* ***Ação Direta de Inconstitucionalidade****.* ***Constitucional****.* ***Ambiental****.* ***Rinha de Galos****.* ***É manifestamente inconstitucional****, por afronta aos artigos 8º e 13, "caput" e inciso V, da CE, e arts. 22, inciso I, e 30, incisos I e II, da CF,* ***lei municipal que permite*** *a realização de exposições* ***e*** *competições* ***entre 'aves de raça combatentes exóticas'****,* ***seja porque*** *compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal,* ***não podendo*** *o ato normativo municipal descriminalizar conduta tipificada no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais,* ***seja porque*** *se insere também na competência dos Municípios promover a proteção ambiental,* ***coibindo práticas*** *que submetam os animais à crueldade. Ação direta julgada* ***procedente****. Unânime."*
>
> ***A Relatora*** *do Acórdão,* ***Desembargadora*** *Maria Berenice Dias,* ***diz*** *que a Lei n. 310-01/2001, do Município de Fazenda Vilanova,* ***quando autoriza competições*** *entre "aves combatentes",* ***ela "autoriza e disciplina*** *a submissão desses animais a tratamento cruel, o que as Constituições Federal e Estadual* ***não permitem****".* ***Refere****, também,* ***que as "brigas de galo" são punidas como crime****, conforme o disposto no art. 32, da Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).*
>
> ***Embora não tenha constituído*** *objetivo deste trabalho* ***o estudo*** *da legislação Estadual e Municipal* ***referente*** *a proibição da crueldade em animais,* ***cumpre-nos referir*** *a nossa recente lei municipal* ***proibitiva*** *das "brigas de galo" e cães, a Lei n. 9.770, de 17 de junho de 2005.* ***Ela estabelece*** *no seu art. 1º: "****ficam proibidas*** *as rinhas de galo* ***e*** *de cães no Município de Porto Alegre".*
>
> ***Com base no exposto****, podemos concluir que as "brigas de galo"* ***constituem práticas consideradas cruéis frente a nossa atual Constituição Federal****.* ***Não se inserem****, portanto,* ***no critério*** *das práticas absolutamente necessárias ao seres humanos visto anteriormente,* ***pois submetem o animal a um mal completamente desnecessário****.* ***O reconhecimento*** *da constitucionalidade* ***e*** *da legalidade* ***desta*** *prática* ***importa em "fraude à Constituição"****. Não se pode permitir tais práticas fundamentadas* ***somente*** *no significado cultural ou recreativo que possam eventualmente representar.*
>
> **(Grifei.)**

Entendo, *por isso mesmo*, Senhor Presidente, **que a Lei 2.895**, de 20-3-1998, **editada** pelo Estado do Rio de Janeiro – **de teor** *essencialmente* **idêntico** ao da Lei catarinense 11.366/2000, *declarada inconstitucional* pelo Plenário desta Corte, **no julgamento da ADI** 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU –, **está em situação de conflito ostensivo** com a norma **inscrita** no art. 225, § **1º, VII, da Constituição da República, que**, *insista-se*, **veda a prática** *de crueldade contra animais* **e que tem**, na Lei 9.605/1998 (art. 32), **o seu preceito incriminador**, **eis que pune**, *a título de crime ambiental*, **a inflição** de maus-tratos contra animais.

Impende assinalar que a proteção conferida aos animais **pela parte final** do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição **abrange**, *consoante bem ressaltou* o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **em voto proferido**, em sede cautelar, **neste** processo, **tanto** os animais silvestres **quanto** os domésticos ou domesticados, *nesta classe incluídos* **os galos utilizados em rinhas**, **pois** o texto constitucional, em cláusula genérica, **vedou** *qualquer forma* de submissão de animais a atos de crueldade.

Não vejo razão para modificar esse entendimento, Senhor Presidente, **pois ele se ajusta**, *com absoluta fidelidade*, **à orientação jurisprudencial** que esta Suprema Corte **firmou** a propósito do significado **que resulta** do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Na realidade, **e como registra a doutrina** (BRUNO AURÉLIO GIACOMINI ROCCO, "**Algumas Considerações sobre o Convívio entre o Homem e os Animais**", "*in*" Revista de Direitos Difusos, vol. 11/1.421, item n. 5, fevereiro/2002, Esplanada-ADCOAS; DANIELLE TETÜ RODRIGUES, "**Tutela da Fauna: Reflexões sobre a Tutela Penal Brasileira**", "*in*" Boletim Informativo Juruá 315, p. 13, 16 a 28 de fevereiro/2002; ERIKA BECHARA, "**A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional**", p. 22/23, item n. 2.3, 1. ed., 2003, Juarez de Oliveira; LUIZ REGIS PRADO, "**Direito Penal Contemporâneo**", p. 327, item n. 4, 2007, RT, *v.g.*), **os animais domésticos**, *como os galos*, **acham-se abrangidos** *pelo conceito genérico* de fauna, **o que permite estender**, na linha da jurisprudência desta Corte, *também às aves* utilizadas em "*briga de galos*", **a proteção estabelecida** no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

É relevante observar, *ainda*, como anteriormente mencionado, **que a proibição** *de práticas cruéis contra os animais*, **notadamente** as concernentes às "*brigas de galos*", **também encontra apoio** na legislação ambiental, **com especial destaque** para a Lei 9.605, de 12-2-1998, **que tipifica**, *como crime*, **as seguintes condutas**:

> ***Art. 32. Praticar*** *ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*
>
> ***Pena*** *– detenção, de três meses a um ano, e multa.*
>
> ***§ 1º*** *Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.*

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.
(**Grifei.**)

A "*ratio*" **subjacente** a essa orientação – que **também** traduz a posição **dominante** na jurisprudência dos Tribunais em geral – **encontra apoio** no próprio magistério da doutrina (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 887/888, 19. ed., 2011, Malheiros), **cuja análise**, *a propósito de tal matéria*, **põe em destaque** as seguintes considerações:

> ***Preceitua a CF**, no art. 225: "**§ 1º** Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) **VII** – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies **ou submetam** os animais a crueldade".*
>
> ***Os animais fazem parte da fauna**; **e**, portanto, **incumbe ao Poder Público protegê-los** (art. 225, § 1º, VII, da CF). **Essa proteção**, como dever geral, **independe** da legislação infraconstitucional. **Três tipos de práticas** ficaram proibidos, **e essas vedações** terão sua maior eficácia "na forma da lei", **ainda** que a Constituição Federal **já atue** a partir **de seu próprio** texto.*
>
> ***A Constituição Federal determinou que estão vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade**. **O STF vem decidindo**, com admirável coerência, **pela proteção dos animais em casos** que se tornaram paradigmáticos, **como** a "farra do boi", em Santa Catarina, **e a decretação da inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam rinhas de galos**.*
>
> ***Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio**. A Constituição Federal, **ao impedir** que os animais **sejam alvo** de atos cruéis, **supõe** que esses animais tenham sua vida respeitada. O texto constitucional não disse expressamente que os animais têm direito à vida, mas é lógico interpretar que os animais a serem protegidos da crueldade devem estar vivos, e não mortos. **A preservação da vida do animal é tarefa constitucional do Poder Público**, não se podendo causar sua morte sem uma justificativa explicitada e aceitável.*
>
> (**Grifei.**)

Vale reproduzir, *neste ponto*, **fragmento** da douta manifestação, **exarada** nos autos **da Apelação Cível** 479.743/PE (TRF/5ª Região), **da lavra** do eminente Procurador Regional da República, Dr. WELLINGTON CABRAL SARAIVA:

> ***44. Em petição encaminhada**, anos atrás, **ao Procurador-Geral da República**, **pugnou a advogada** Edna Cardozo Dias, **membro** da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE (CONAMA), **pelo ajuizamento** de ação direta de inconstitucionalidade **contra** a Lei n. 2.895, de 20 de março de 1998, do Rio de Janeiro, **por permitir a prática ilegal e inconstitucional de rinha de galo** naquele Estado. **Na provocação**, **a advogada relatou a perversidade** que envolve tal competição:*
>
> > *"**Da Preparação à Rinha** – Por volta de um ano o galo já está preparado para a briga e passará por sessenta e nove dias de trato. No trato, o animal é pelinchado – o que significa ter cortadas as penas de seu pescoço, coxas e debaixo das asas –, tem suas barbelas e pálpebras operadas. Iniciou, pois, uma vida de sofrimento, com o treinamento básico.*

O treinador, segurando o animal com uma mão no papo e outra no rabo, ou então, segurando-o pelas asas, joga-o para cima e deixa-o cair no chão para fortalecer suas pernas. ***Outro procedimento*** *consiste em puxá-lo pelo rabo,* ***arrastando-o*** *em forma de oito, entre suas pernas separadas.* ***Depois****, o galo é suspenso pelo rabo, para que fortaleça suas unhas na areia.* ***Outro exercício*** *consiste em empurrar o animal pelo pescoço,* ***fazendo-o girar*** *em círculo, como um pião.* ***Em seguida****, o animal é escovado para desenvolver a musculatura e avivar a cor das penas, é banhado em água fria e colocado ao sol até abrir o bico, de tanto cansaço. Isto é para aumentar a resistência.*

(...)

O galo passa a vida aprisionado em gaiola pequena*, é privado de sua vida sexual normal, só circulando em espaço maior nas épocas de treinamento (...)*

Chega a hora do galo ser levado às rinhas*.* ***Depois da parelha*** *(escolha dos pares),* ***vem o topo****, que é a aposta entre os dois proprietários.* ***São****, então,* ***abertas as apostas*** *e as lambujas.* ***Os galos entram*** *no rodo calçados com esporas postiças de metal e bico de prata (o bico de prata serve para machucar mais ou substituir já perdido em luta). A luta dura 1h 15min, com quatro refrescos de 5min. Se o galo é 'tucado' (recebe golpe mortal) ou é 'meio-tucado' (está nocaute), a plateia histérica aposta lambujas, que são apostas com vantagens para o adversário.*

Se o galo ficar caído por 1m o juiz autoriza o proprietário a 'figurar' o galo *(tentar colocá-lo de pé). Se ele conseguir ficar de pé por 1m a briga continua. Se deitar é perdedor. O galo pode ficar de 'espavorido' quando leva uma pancada muito dolorosa e abandona a briga.*

Se a briga durar 1h15m sem um deles cair há empate e topo perde a validade*. Faz[em]-se apostas até sobre o refresco.*

Galo carreirinha é aquele que percorre o rodo correndo até cansar o outro que está correndo atrás dele para depois abatê-lo*. Galo canga é aquele que cruza o pescoço dele com o outro, forçando para baixo até que o adversário perca a postura de briga. O galo velhaco é aquele que, no meio da briga, entra por debaixo das pernas do adversário, quando está sendo atacado e depois o pega de emboscada.*

Tudo isto comprova que as brigas de galos são cruéis e só podem ser apreciadas por indivíduos de personalidade pervertida e sádicos*."*

(**Grifei.**)

Nem se diga que a "*briga de galos*" **qualificar-se-ia como** *atividade desportiva* **ou** *prática cultural* **ou**, *ainda*, **como** *expressão folclórica*, **numa patética tentativa** *de fraudar* a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, **vocacionada**, *dentre outros nobres objetivos*, **a impedir** *a prática criminosa* de atos de crueldade contra animais.

"***A sujeição*** *da vida animal* ***a experiências*** *de crueldade* ***não é compatível*** *com a Constituição do Brasil*", **como enfaticamente proclamou** esta Suprema Corte (**ADI** 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU), que, *por mais de uma vez*, **também rejeitou** a alegação **de que práticas como** a "*briga de galos*" **e** a "*farra do boi*" **pudessem caracterizar** manifestações de índole cultural, **fundadas** em usos **e** em costumes populares verificados no território nacional,

como bem destacou, *em douto voto*, **o eminente** Ministro NÉRI DA SILVEIRA (**RE 153.531/SC**, Rel. p/ o ac. Min. MARCO AURÉLIO):

> ***No ponto***, ***duas vertentes*** *de exame da matéria põem-se:* ***de um lado***, *a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura,* ***estipula***:
>
> *"**Art. 215** – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*
>
> *§ 1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*
>
> *§ 2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais."*
>
> *(...)*
>
> ***A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre***, *justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional.*
>
> ***Há***, *entretanto,* ***outra***, *de assento constitucional também,* ***com base no art. 225*** *da Lei Magna, invocada no recurso.* ***Reza o art. 225***:
>
> *"**Art. 225** – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*
>
> *§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:*
>
> *(...)*
>
> ***VII** – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."*
>
> ***Há***, *sem dúvida,* ***nesses dispositivos do art. 225***, ***nítida integração*** *com os princípios* ***e*** *valores dos arts. 1º* ***e*** *3º da Constituição,* ***enquanto definem*** *princípios fundamentais da República.*
>
> ***Ora***, *penso que a Constituição, nesse dispositivo,* ***não só põe sob o amparo do Estado tais bens***, *mas dele também exige que efetivamente* ***proíba e impeça*** *ocorram condutas* ***e*** *atividades* ***consideradas lesivas*** *ao meio ambiente,* ***como está no § 3º*** *do art. 225:*
>
> *"**§ 3º** – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."*
>
> ***Nessa norma***, *não é possível, por igual,* ***deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225*** *da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade.* ***Isso está no dever do Estado coibir***.
>
> ***Entendo***, *dessa maneira,* ***que os princípios e valores da Constituição em vigor***, *que informam essas normas maiores,* ***apontam no sentido*** *de fazer com que se reconheça a necessidade* ***de se impedirem as práticas***, ***não só*** *de danificação ao*

meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, ***mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade****. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.*

Não cabe*, decerto, ignorar (...), que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas.* ***Disso decorre*** *serem manifestações difíceis para o Estado coibir.* ***Mas, ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior****, eis que a 'quaestio juris' está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema,* ***em face*** *da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, 'in fine', da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido.*

Dele conhecendo*, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida.*
(**Grifei.**)

Igual percepção sobre o tema **foi revelada** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento **do mencionado** RE 153.531/SC, **de que se tornou** Relator p/ o acórdão:

Se*, de um lado (...), a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo –,* ***de outro lado****, no Capítulo VI,* ***sob o título*** *"Do Meio Ambiente",* ***inciso VII*** *do art. 225,* ***temos uma proibição****, um dever atribuído ao Estado:*

*"****Art. 225****. (...)*

VII – proteger *a fauna e a flora,* ***vedadas****, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies* ***ou submetam*** *os animais a crueldade."*

(...) é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, ***mas não a prática cruel****. Admitida a chamada "farra do boi", em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. (...)*

Entendo *que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente,* ***a incidência*** *do disposto* ***no inciso VII*** *do art. 225 da Constituição Federal.* ***Não se trata****, no caso,* ***de uma manifestação cultural*** *que mereça o agasalho da Carta da República.* ***Como disse*** *no início de meu voto,* ***cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre*** *das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (...).*
(**Grifei.**)

Esse mesmo entendimento, *por sua vez*, **é perfilhado** por PAULO AFFONSO LEME MACHADO ("**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 885, 19. ed., 2011, Malheiros), que, *em magistério irrepreensível*, **acentua serem ofensivas** ao ordenamento positivo brasileiro **as referidas** práticas, **ainda** que *alegadamente amparadas* em contexto histórico, cultural e/ou folclórico:

> ***Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico**, como a "farra do boi" estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados "rodeios" ou "vaquejadas", tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. O emprego do "sedém" – aparelho com tiras e faixas de couro, fortemente amarrado na virilha do animal, com finalidade de comprimir seus órgão genitais e forçá-lo a saltitar e corcovear – caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/98. Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. **As "brigas de galo" são consideradas atos de crueldade contra animais**.*
> (**Grifei.**)

Finalmente, **cumpre rememorar** as razões expostas, **em douto parecer**, pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. FLÁVIO GIRON, **ao opinar pela procedência** da presente ação direta de inconstitucionalidade, **em manifestação** aprovada pelo eminente Chefe da Instituição (fls. 97/103):

> ***Quanto ao mérito**, a Constituição Federal foi clara ao estabelecer, em seu artigo 225, que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".*
>
> ***Observe-se que a ação é dirigida ao Estado como expressão do poder público**, e, portanto, dirigida também ao legislador para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Acrescenta**, ainda, **ao mencionado** dispositivo constitucional **o § 1º**, **inciso VII**, **estabelecendo ser incumbência** do Poder Público **proteger a fauna** e a flora, **onde serão vedadas**, na forma da lei, **as práticas que colocarem** em risco sua função ecológica, **provocarem** a extinção de espécies **ou submeterem** os animais a crueldade.*
>
> ***Com o intuito de dar maior efetividade ao cumprimento desse dever do Estado em garantir um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado**, foi sancionada a Lei n. 9.605, de 12-2-98, **denominada** de "Lei dos Crimes Ambientais" **que tipifica** como crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir, mutilar, praticar quaisquer atos de crueldade contra os animais. **Note-se** que a Constituição Federal **protege todos os animais**, sem discriminação de espécie ou categoria. **Nesse diapasão**, **vale ressaltar** a lição do eminente jusambientalista Édis Milaré ("in" "Direito do Ambiente", Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 228):*
>
> > *"**Como dissemos anteriormente**, **entende-se por fauna** o conjunto dos animais que vivem numa determinada região, ambiente ou período geológico. **Aqui se incluem** os animais, **sejam** domesticados **ou** não, da fauna terrestre **e** da fauna aquática.*
> >
> > ***Assim**, **afasta-se**, desde já, **a ideia** de que a fauna resume-se à silvestre, **ou seja**, aos animais não domesticados, habitantes de áreas onde ocorram*

formações florestais presumivelmente isentas de interferência humana, sendo que cada qual ocupa seu nicho e desempenha papel fundamental para o equilíbrio das inter-relações naturais das espécies de determinado ecossistema.

***A Constituição da República de 1988**, ao determinar em seu art. 225, § 1º, VII, ao Poder Público **a incumbência de proteger a fauna**, submeteu ao manto da Lei **todos os animais** indistintamente, vez que todos os seres vivos têm valor, função e importância ecológica, seja como espécie seja como indivíduo." (...)*

***A tese de que os animais domesticados não estão abrangidos pela proteção constitucional não se sustenta**, pois não faz sentido que o legislador constituinte tenha resolvido permitir que essa "categoria" da fauna possa ser objeto de crueldade.*

***Por fim, causa espécie a afirmação de que os galos lutam sem a "interferência humana", mas por simples "espírito atávico". As informações** de entidades ambientalistas (fls. 15/23) **deixam claro que há todo um processo de preparação e condicionamento** dos animais para o combate. **Tal processo é conduzido** por um treinador, **cujos métodos**, segundo tais informações, **submetem o animal** a uma rotina estafante, que não pode ser considerado mero espírito combativo, como quer fazer crer a segunda requerida. É patente a participação humana na preparação desses animais para a rinha.*

***No presente caso, na hipótese de "briga de galos", a crueldade é gritante. Segundo informações** de entidades que visam a proteção dos animais (fls. 15/23), **o espécime sofre maus-tratos** desde a época em que é treinado para as chamadas "rinhas", e, quando efetivamente participam das lutas, **os animais brigam até a exaustão ou até a própria morte**. (...).*

***De fato, as "brigas de galos" constituem verdadeira forma de tratar com crueldade** esses animais, **e a lei estadual** impugnada, **ao autorizar e disciplinar** a realização de competições entre "galos combatentes", **autoriza e disciplina** a submissão desses espécimes **a tratamento cruel**, o que a Constituição Federal não permite.*

***Cumpre também frisar que a rinha de galos é objeto de apostas**, sendo o proprietário do galo vencedor recompensado. Logo, seria ingenuidade imaginar a ausência de ação humana em tal atividade, pois deve-se inferir que os proprietários dessas aves sempre terão em mente o lucro possível pela vitória, logo, as aves sempre deverão demonstrar maior "afinco" nos treinamentos, aumentando as probabilidades de prêmio na competição.*

(...)

***Isto exposto, opina o Ministério Público Federal**, por seu órgão, **pela procedência** da ação, **para ser declarada a inconstitucionalidade** da Lei fluminense n. 2.895, de 20 de março de 1998.*

(**Grifei.**)

Sendo assim, em face das razões expostas **e considerando**, *ainda*, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **julgo procedente** a presente ação direta, **para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.895**, de 20 de março de 1998, **editada** pelo Estado do Rio de Janeiro.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, sem querer polemizar, vou assentar o meu voto divergente em razão da leitura que faço do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal:

> Art. 225. (...)
> (...)
> VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei (...)

Eu entendo, com a devida vênia, que a legislação ordinária é a que tem competência para estabelecer essa proteção e a sua respectiva gradação. E ela já existe, inclusive; é a legislação criminal ambiental.

Mantendo coerência com o que tenho sustentado aqui em outros casos, voto no sentido de que essa ponderação é do legislador, e não do Judiciário. Peço vênia para julgar improcedente a ação, registrando o brilhante voto proferido pelo eminente Relator, a quem cumprimento.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, diante dessa intervenção, também quero dizer algo, ainda que rapidamente.

A referência que o inciso VII do § 1º do art. 225 faz à lei é num outro sentido; ela tem uma outra qualidade: não é para que a proibição da crueldade somente se dê a partir da edição da lei. Eu não encaro como uma norma de eficácia limitada, na linguagem de José Afonso da Silva, ou de eficácia complementar, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos na minha própria companhia.

Se prestarmos bem atenção ao texto, *data venia*, vamos perceber que esse dispositivo não vem isolado; ele não veio num piscar de olhos do constituinte, digamos assim, de rompante; ele faz parte de todo um contexto constitucional, que principia com o próprio preâmbulo da nossa magna Carta, que fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado.

Aliás, eu até diria que uma Constituição promulgada explicitamente sob a proteção de Deus é absolutamente repelente desse tipo de autoexecução de animais entre si – porque é um autoexecução de animais entre si.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Este Egrégio Plenário **já proclamou** que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade, **além** de aviltante, **qualifica-se** como conduta absolutamente incompatível com o texto da Constituição da República.

Por isso mesmo, **dentre** as várias medidas que o poder público *tem que adotar*, **por efeito** *de seu dever constitucional de proteção à fauna*, **está** a de

impedir, *por exemplo*, que se legitimem (e que se efetivem) práticas de crueldade contra animais, hoje tipificadas *como crime ambiental*.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É para isso.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Essa cláusula vedatória **traduz** *direta emanação* **do próprio** texto da Constituição da República (art. 225, § 1º, inciso VII, "*in fine*").

O Sr. Ministro Ayres Britto: Da própria Constituição.

É como penso. Até porque esse tipo de crueldade caracteriza verdadeira tortura. Isso é uma tortura, e a Constituição proíbe a tortura, às expressas, no inciso III do art. 5º.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Fiz o meu voto sem querer polemizar, porque a minha questão não se opõe aos valores que os votos estão pautando como premissa. É só uma questão de saber a quem é delegada, pela Carta, essa ponderação.

Lê-se, no inciso VII: "na forma da lei". Portanto, entendo que essa ponderação é do legislador, do Congresso Nacional e dos parlamentos, nas unidades da Federação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sem dúvida que, no conteúdo, Vossa Excelência concorda; é perfeito.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora, eu só quero terminar dizendo o seguinte: essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte. O jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos. Quer dizer, é um meio. Derramar sangue e mutilar fisicamente o animal não é sequer o fim. O fim é, verdadeiramente, a morte de cada um deles; a briga até a exaustão e a morte. E não se pode perder a oportunidade para que a Suprema Corte manifeste o seu repúdio, com base na Constituição, a esse tipo de prática, que não é esporte nem manifestação de cultura; aliás, como bem ressaltado no voto do Ministro Peluso, anteriormente – no magnífico voto que Vossa Excelência produziu –, e, agora, no magistral voto do Ministro Celso de Mello.

Eu acompanho Sua Excelência o Relator.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Então, pela ordem, Senhor Presidente, só para reafirmar essa leitura do Ministro Celso de Mello.

Hodiernamente não se pode imaginar uma lei que não perpasse pelo tecido normativo da Constituição Federal. Então, nós temos princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, princípios fundamentais da Constituição Federal e princípios setoriais.

Com relação ao meio ambiente, no meu modo de ver, este aqui é o princípio-regra, que, inclusive, supera regras infraconstitucionais, quando dispõe, dentre as obrigações da defesa a todos, a defesa do meio ambiente:

> VII – proteger a fauna e a flora [excluída a expressão vedadas na forma da lei], vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

A Constituição tem normatividade suficiente para, ela própria, proibir essa prática. E nós estamos em sede de confronto entre uma legislação local e a Constituição Federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A ausência de lei não pode significar nesse contexto autorização para torturar um ser vivo, até porque da tortura de um galo para a tortura de um ser humano é um passo. Então, não podemos deixar de coibir, com toda a energia, esse tipo de prática.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas duas palavras sobre a matéria. Há o precedente citado pelo relator alusivo a Santa Catarina, mais precisamente à Farra do Boi.

Estamos no controle concentrado de constitucionalidade e, se formos ao preceito da Carta Federal, veremos que a vedação remete-se à lei.

Penso que o diploma local padece de um vício de forma, porque, na minha óptica, o trato da matéria teria que se dar no âmbito federal. A lei local, ao invés de vedar, autoriza a denominada "competição galística". E surge a problemática: o preceito, no que remete a lei "cuidar das vedações", é autoaplicável? Tenderia a responder de modo negativo à colocação feita pelo Ministro Dias Toffoli. No caso, mediante lei é que se teria que dispor a respeito.

Assento o vício de forma na disciplina da matéria.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, gostaria, primeiro, de louvar o brilhante voto do Ministro Celso de Mello, que repassou toda a jurisprudência e mostrou o significado dessa decisão, dos seus reflexos, inclusive, em outros tipos de prática.

Às vezes estamos contextualizados em situações de violência, e muito provavelmente este tipo de prática provoca a falta de sensibilização ou mesmo um fenômeno de dessensibilização em relação a práticas violentas.

Eu também fiquei a pensar a propósito da observação do Ministro Dias Toffoli. Eu me lembro que nós usamos, na própria dogmática hoje dos direitos fundamentais, os precedentes aqui referidos, especialmente aquele em que acabou redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, o da Farra do Boi, em que

se colocou a questão do aspecto cultural e a ideia de preservação dos animais. E ali o Tribunal foi muito enfático no sentido da proibição, entendendo que havia uma prática cruel em relação aos animais.

Também me parece que aqui é difícil – talvez o tema deva continuar a merecer reflexão e esforços no sentido de o aprimoramento da fundamentação –, a partir do próprio texto constitucional, alegar-se simplesmente que, na ausência de uma disciplina federal – tal como cogita o Ministro Marco Aurélio –, pudesse o legislador estadual autorizar esse tipo de prática.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Essa prática.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Até porque as aves não têm Estado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E criaria um perigoso tipo de paraíso fiscal. Essa prática migraria para o Estado onde houvesse autorização, o que seria, na verdade, a maximização da crueldade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A lei aqui é de reforço proibitivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De fato, o texto impõe uma reserva legal, mas é tão claro no que diz respeito à proteção que, na ausência de lei, ficaria o poder público impedido de ter medidas protetivas?

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu até vou, diante da manifestação do eminente Ministro Marco Aurélio e das ponderações que agora faz Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes, aderir ao fundamento do voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido da inconstitucionalidade formal da lei, haja vista a existência de legislação federal proibitiva já vigente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **O art. 64** da Lei das Contravenções Penais **foi revogado** pela Lei 9.605, de 12-2-1998, **que dispõe** sobre as sanções penais e administrativas **motivadas** por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, **dentre** as quais *a prática de crueldade contra animais* silvestres, domésticos **ou** domesticados, **sejam** eles nativos ou exóticos, **como resulta claro do art. 32** de referido diploma legislativo.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Devo observar** que o art. 32 da Lei 9.605/1998 **qualifica-se** *como preceito incriminador* **que incide** nos casos de inobservância **ou** de transgressão à regra constitucional (**CF**, art. 225, § 1º, inciso VII), **promulgada** com o objetivo **de proteger** a fauna, **vedando** práticas que, **além de colocarem** em risco a sua função ecológica **ou ensejarem** a própria extinção das espécies, **também submetam** "*os animais à crueldade*".

O que me parece relevante, *portanto*, é que práticas de crueldade **contra** animais constituem, *agora*, **crimes** de natureza ambiental, **não mais configurando** meros ilícitos contravencionais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não há mais contravenção.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Passou a ser crime, foi superado.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): É o que, *agora*, prescreve, em cláusula de tipificação penal, a nova Lei de Crimes Ambientais, consubstanciada na Lei 9.605/1998.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não altera o raciocínio de Sua Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O raciocínio é o mesmo.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Nós estamos discutindo o que é pior: se é a inconstitucionalidade formal ou a material.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Há lei federal. Havendo lei federal, realmente não caberia ao Estado autorizar algo que está vedado por ela. Então, pelo fundamento do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que realmente é formal a inconstitucionalidade, eu voto pela procedência da ação.

DEBATE

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): A menção que o art. 225, § 1º, da Constituição **faz** "*ao poder público*" **traduz** *referência genérica* **que abrange** *todas* as entidades políticas **que compõem** o Estado Federal brasileiro, **a significar que a cláusula vedatória** inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Lei Fundamental **alcança**, *além* da União Federal, **também** os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, **considerado** o fato de que cláusulas proibitivas **qualificam-se** como normas **impregnadas** de eficácia plena **e** de aplicabilidade direta e imediata.

Ou, *em outras palavras*, o Estado brasileiro, *em qualquer* das dimensões políticas **em que se pluralizam** as comunidades jurídicas que o integram, **tem a incumbência** de impedir a prática de crueldade contra animais.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, nós chegamos ao requinte de discutir se matar o galo com lei ou sem lei é inconstitucionalidade formal ou material, mas todo mundo está de acordo que nem se pode matar o galo nem a lei é inconstitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro Gilmar Mendes, eu tenho relido ultimamente o livro de Vossa Excelência "Curso de Direito Constitucional" e, em várias passagens – se eu estiver equivocado, Vossa Excelência me corrija –, quando a Constituição diz poder público, está dizendo Estado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pessoa jurídica estatal, compreendendo União, Estado, Distrito Federal e Município.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nesse ponto é que eu queria chegar. Na linha do que já argumentou o eminente Relator aqui, já no *caput* do artigo está claro que há um dever de proteção.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Que se impõe, na verdade, ao poder público como um todo. Daí a minha pergunta: Não poderia, eventualmente, o Ministério Público atuar, como eventualmente atuou no caso?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Vale relembrar**, *por oportuno*, **que esse dever de proteção** à fauna, *constitucionalmente imposto* ao poder público, **tem sido implementado**, *jurisdicionalmente*, **por iniciativa** do Ministério Público, **que se vale**, *para tanto*, do mecanismo processual da ação civil pública.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso. Ou o Judiciário tomar medidas, na ausência de uma disciplina legal específica?

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, fazendo essa reflexão e prometendo continuar nesse esforço, também vou acompanhar o eminente Relator, até porque está alicerçado na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto no caso específico, porque há uma lei idêntica já declarada inconstitucional, como naquele outro caso referido – o da Farra do Boi –, que tem outras conotações.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro Gilmar Mendes, se Vossa Excelência me permite intervir – não, evidentemente, para servir de fundamento, porque não seria o caso, mas para pensar –, acho que a regulamentação não está apenas proibida pelo art. 225; acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A partir da tortura.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mais primitivas e irracionais do ser humano. Noutras palavras, a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Excelência, é exatamente essa intervenção que eu pretendia fazer, porque há um movimento mundial nesse sentido. Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E como um espetáculo público!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente. E não apenas daqueles que participam desse espetáculo degradante, desse suposto esporte, mas também daqueles que indiretamente são atingidos por ele, pelos gritos dos animais e dos participantes.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Basta ouvir dizer, eu já me indigno quando ouço falar disso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida nenhuma.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): *Brigas de galos* **ou** *de cães – não importa* o gênero escolhido **pelos infratores** da lei – traduzem condutas delituosas **e** aviltantes, **não podendo**, *por isso mesmo*, ser toleradas por qualquer autoridade pública, *muito menos* por esta Suprema Corte, **incumbida** de fazer prevalecer a autoridade da Constituição da República, **notadamente** no ponto em que esta **proíbe** *atos de crueldade* contra animais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Também.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em todo sentido. O mundo já está cheio de fontes de violência. Se não coibirmos algumas delas, não sabemos onde vamos parar.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, só uma palavrinha que acho importante aqui, até um pouco na linha do que o Ministro Gilmar Mendes disse.

O *caput* do art. 225 remete a algo que eu acho que é um passo adiante no constitucionalismo brasileiro, que são os deveres da sociedade. No voto do Ministro Celso de Mello, ele enfatiza que alguns consideram – e aí não são juristas, são coletividades, comunidades – um desporto, uma atuação folclórica.

E o *caput* diz:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever (...)

Então, nós sempre temos falado no constitucionalismo como deveres do Estado, e deixamos de lado uma sociedade democrática, para formar esse Estado democrático.

Eu acho que o § 1º, ao se referir à vedação que o poder público deve impor, é exatamente no sentido de que, se a coletividade sozinha não conseguir fazer com que o folclore e a cultura seja produção em benefício da vida e da dignidade, incumbe ao Estado vedar práticas que conduzam a isso. É uma tônica que, a meu ver, precisamos dar; não é o Estado que tem de ficar proibindo ou impondo às pessoas condutas que dignifiquem, mas a sociedade é que deve fazer isso. A sociedade

tem de ser democrática para termos um Estado verdadeiramente democrático, na linha do que Vossa Excelência acaba de se referir. Quer dizer, há tanta violência, mas a violência, que parte de cada um, precisa ser coibida só nos excessos.

Acho que a interpretação do Ministro Celso de Mello, que eu acompanho às inteiras, é exatamente de um constitucionalismo social, neste sentido: a incumbência é da sociedade. O poder público tem de atuar não o tempo todo, entrando na casa da gente ou na vida da gente, mas cada um de nós, na nossa casa, sendo digno.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.856/RJ — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. 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, Dias Toffoli e Luiz Fux. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 26 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.945 — MT

Relator: O Sr. Ministro Octavio Gallotti

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMBD — Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ICMS. 2. Lei estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. 4. Restituição de valores cobrados em substituição tributária e fixação de critérios para o cálculo do imposto (arts. 13, § 4º, e 22, parágrafo único, da lei impugnada). Delegação a decreto de matérias albergadas sob o manto da reserva legal. Existência de *fumus boni iuris*. 5. Discriminação do pagamento antecipado a determinado setor produtivo (art. 3º, § 3º, da lei impugnada). Razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 6. Previsão de incidência do ICMS sobre "prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio" (art. 2º, § 2º, da lei impugnada). Dispositivo cuja redação pouco destoa da determinação constitucional (art. 155, II). Ausência de relevância jurídica na fundamentação para o deferimento da liminar. 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação "iniciado fora do território mato-grossense" (arts. 16, § 2º, e 2º, § 3º, da lei impugnada). Inexistência, em Juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. 8. ICMS. Incidência sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se

adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento", presente no § 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/1998, do Estado de Mato Grosso.

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, indeferir a medida liminar.

Brasília, 26 de maio de 2010 — Gilmar Mendes, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Trata-se de ação oposta, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), à Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso, que, segundo a respectiva ementa, "consolida normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS".

Começa o autor por atacá-la "como um todo", por ser, formalmente, uma lei ordinária, quando teria de revestir-se da forma de lei complementar. Invoca, a esse propósito, os art. 146, III, 155, § 2º, XII e 59, II, da Constituição, tudo para argumentar:

> A Lei n. 7.098/98 é uma **consolidação de normas tributárias**.
> **Como tal**, define e delibera sobre **incidência, fato gerador, não incidência, benefícios fiscais, base de cálculo, alíquota, contribuinte, substituição tributária e responsabilidade, locais da operação e da prestação, compensação, "todas matérias que, sem exceção, exigem lei complementar", tanto em esfera federal, quanto em esfera estadual".**
> (Fl. 12.)

Parte, em sequência para, especificamente, atacar dispositivos da lei impugnada (n. 7.098/1998), a partir do inciso VI do § 1º de seu art. 2º e do § 6º de seu art. 6º, assim redigidos:

> Art. 2º (...)
> § 1º O imposto incide também:
> (...)
> VI – sobre as operações com programa de computador – *software* –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.

> Art. 6º (...)
> § 6º Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador – *software* – qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.

Estariam, ao ver do requerente, tais dispositivos, a invadir a competência tributária municipal, prevista no art. 156, III, da Constituição (serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, no caso a LC 56/1987).

Prossegue a inconformação, dirigindo-se ao § 2º do art. 2º da Lei estadual 7.098:

> Art. 2º (...)
> § 2º Nas hipóteses elencadas no inciso III do *caput* [prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza], o imposto incide ainda sobre os serviços adicionais tais como os cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização, serviços suplementares, e outras facilidades que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Nesse ponto, argumenta a inicial:

> Quando a Lei complementar 87/96 traz "prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio", não significa dizer que pode ampliar a incidência. Qualquer meio significa "meio de comunicação", ou seja, rádio, jornal, revista, televisão, cinema, telefonia, satélite, seja lá qual for a comunicação.
> (Fl. 21.)

É, ainda, impugnado o § 3º do mesmo art. 2º, com o seguinte teor:

> Art. 2º (...)
> § 3º Sobre a parcela da prestação onerosa de serviços de comunicação, de que tratam o inciso III do *caput* e o parágrafo anterior, o imposto incide ainda que o serviço tenha se iniciado no exterior ou fora do território do Estado.

Nesse passo, aduz o requerente:

> A Constituição Federal fala, em vários dispositivos a respeito do ICMS, expressamente, que "**o imposto incide ainda que o serviço tenha se iniciado no exterior**".
> **Não fala a Constituição Federal, nem a Lei Complementar 87/98, que o imposto tenha incidência quando a operação iniciar-se fora do território do Estado. Extrapola, portanto, mais uma vez, a lei estadual.**
> (Fl. 23.)

Contesta-se, ainda, em nome do princípio da isonomia (CF, art. 150, II), o disposto no § 3º do art. 3º da mesma lei mato-grossense:

> § 3º Poderá ser exigido o pagamento antecipado do imposto, conforme disposto em normas complementares, relativamente a determinadas operações, prestações, atividades ou categorias de contribuintes, exceto para o setor industrial.

Para tanto, sustentam os autores:

> Ora, o pagamento antecipado do imposto, o famoso ICMS *garantido*, que já foi motivo e ainda é de enorme inconformismo por parte dos contribuintes, que se veem obrigados a recolher aos cofres estaduais valores de um imposto cujo fato gerador não ocorreu, agora, com o advento da nova lei veem-se discriminados por um setor privilegiado. Os setores de comércio, agricultura e prestação de serviços, setores que vêm sofrendo inúmeras dificuldades, são obrigados a recolher o tributo antecipadamente para garantir ao Estado o suporte financeiro decorrente de um imposto que presumidamente deveria ingressar nos cofres públicos.
>
> **Quer ocorra, quer não ocorra o fato gerador, o contribuinte é obrigado a contribuir com sua parcela de sacrifício antecipada.**
>
> (Fls. 24/5.)

Insurge-se também o proponente da ação, por constituir inaceitável delegação ao regulamento, contra o § 4º do art. 13 da lei estadual:

> Art. 13. (...)
>
> § 4º A margem a que se refere a alínea *c* do inciso II do *caput* [margem do valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações subsequentes] será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos obtidos junto às entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, observados os demais critérios determinados pelo regulamento.

Diz, quanto a esse tópico, a petição inicial, que, segundo cláusula final do § 4º do art. 8º da LC 87/1996, devem ser previstos em lei os critérios de fixação da margem do valor agregado, mais, apesar disso:

> É useiro e vezeiro a prática pelo Poder Executivo Estadual e Municipal em tentar aprovar leis que lhes deem guarida para atos regulamentares posteriores que passam a ser verdadeiras normas inovadoras, favorecendo a propositura de Mandados de Segurança para o resguardo dos direitos aviltados.
>
> (Fl. 26.)

Ataca-se, em seguida, o § 2º do art. 16:

> Art. 16. (...)
>
> § 2º O disposto no inciso II do parágrafo anterior [considera também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade, seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação de serviço se tenha iniciado no exterior] aplica-se também quando o serviço de comunicação for prestado ou iniciado fora do território mato-grossense.
>
> Não fala a Constituição Federal, nem a Lei Complementar 87/98, que o imposto tenha incidência quando a operação iniciar-se fora do território do Estado. Extrapola, portanto, mais uma vez, a lei estadual.
>
> (Fl. 27.)

Argui, finalmente, o autor, a inconstitucionalidade, já agora *por omissão*, do parágrafo único do art. 22, que abaixo reproduzo, precedido do *caput* respectivo, não atacado nesta ação:

> Art. 22. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que, comprovadamente, não se realizar.
>
> **Parágrafo único**. Para efetivação da restituição, o regulamento disporá sobre a forma de comprovação da inocorrência do fato gerador.

Acusa-se, em suma, por omissão, o dispositivo (parágrafo único) de tornar de eficácia contida, fazendo-as depender de regulamentação, normas de eficácia plena (art. 10 e seus parágrafos) da LC 87/1996, acerca do direito à restituição do valor pago por força de substituição tributária quando não venha a realizar-se o fato gerador presumido.

> *É bastante grave a omissão da Lei Estadual, pois torna de eficácia contida uma norma da Lei Complementar 87/96, que é de eficácia plena.*
>
> A Lei Complementar 87/96 determina, previamente, a forma de restituição do imposto tributado por substituição tributária, quando, pela não ocorrência do fato gerador, torna-se indevido aquele pagamento feito anteriormente.
>
> (Fl. 29.)

A justificar o requerimento de medida liminar, porfia a inicial:

> Por todos estes motivos e diante da farta e lúcida exposição, não merece continuar no ordenamento jurídico surtindo efeitos que serão, posteriormente anulados, tendo, entretanto, causado toda sorte de problemas aos contribuintes.
>
> O *fumus boni iures* está presente em toda a exposição que demonstrou *pari passo* as inconstitucionalidades.
>
> O *periculum in mora* também está perfeitamente caracterizado, haja vista que, a partir do mês de fevereiro próximo, todos os recolhimentos de fatos geradores ocorridos no mês de janeiro, deverão condicionar-se às novas regras estipuladas pela Lei 7.098/1998, fazendo surtir efeitos *erga omnes*, e dificilmente se conseguirá restituir o *status quo ante*.
>
> Com relação ao Estado de Mato Grosso, entretanto, não se poderá alegar o *periculum in mora* ao inverso, haja vista ser o ICMS um imposto já vigente e apenas continuará a vigir por mais algum tempo pelas regras anteriores, que embora pautadas no Convênio 66/88, sua inconstitucionalidade não foi questionada a nível de Mato Grosso, podendo, outrossim, continuar a vigir até a solução da presente demanda.
>
> **Requer**, após demonstradas as inconstitucionalidades que não se podem esconder, a concessão de liminar para que seja suspensa a vigência da Lei n. 7.098, de 30 de dezembro de 1998, para que não passe a surtir efeitos, até sua Declaração de Inconstitucionalidade pela Suprema Corte, e sua retirada do mundo jurídico.
>
> (Fls. 32/3.)

As informações, solicitadas durante o recesso pelo eminente Presidente *Celso de Mello*, suscitam, preliminarmente, a incompetência do Supremo Tribunal, por se cuidar, a seu ver, do confronto de normas de lei ordinária, em face da Constituição Estadual.

No tocante ao arguido vício formal, diz o Governador à fl. 139:

> No caso *sub judice* a Constituição Federal, determinou a edição a Lei Complementar n. 87/96, disciplinando o regime tributário vigente e ali estabelecido, recepcionando o Convênio 66/88, editado com força de lei complementar conforme dispositivo do art. 34, § 8º, de seus Atos de Disposições Transitórias, e o Estado de Mato Grosso, adotando toda a fundamentação elencada, editou sua Lei Ordinária n. 7.098, ora em discussão.
>
> Perfeitamente legal a sua edição, posto que a necessidade de lei complementar referenda-se à Lei n. 87/96 que editou normas gerais e a Lei ordinária determinou as normas de vigência no Estado.
>
> (Fl. 139.)

A respeito da incidência do ICMS sobre as operações com *software* (art. 2º, VI, e § 6º do art. 6º), é esclarecido, às fls. 145 e 147:

> Fácil é a compreensão do tipo tributário descrito no artigo 8º do Decreto-Lei 406/68: o ISSQN "tem como fato gerador a prestação" "de serviço constante da lista anexa" ao diploma legal já dito.
>
> Não estando o serviço arrolado ou não sendo possível enquadrá-lo na listagem, não há incidência do ISSQN, haja vista ser ela taxativa.
>
> (Fl. 145.)

> Mais especificamente, para o item 22 da Lista de Serviços, transcrito às folhas 18 da inicial, no qual o autor destaca a expressão "**processamento de dados**", esta refere-se a trabalho sem vínculo empregatício, ajustado entre as parte, no qual o prestador, executa pessoalmente ou por terceiros, a sua conta e risco, o tratamento de dados por meio de suas máquinas, eletrônicas ou não, com o fim de obter como resultados a informação por eles representada.
>
> No "**processamento de dados**" de que trata o texto normativo, o contratante dos serviços não é quem realiza o tratamento de dados por meio de máquinas, o qual é feito pelo contratado.
>
> Totalmente distintas são as denominadas operações com programa de computador – *software* –, constantes do inciso VI do § 1º do artigo 2º e § 6º do artigo 6º da Lei 7.098/98, as quais reportam-se as situações em tal item é mercadoria.
>
> O alcance da norma questionada é restrito, abarcando tão somente as situações em que o *software* é comercializado como mercadoria, *à* ser instalada pelo comprador em seus computadores, a partir do que, ele mesmo executa o processamento de seus dados, nada pagando por isto, não havendo ajuste quanto a ele, sendo onerado uma única vez, por ocasião da aquisição.
>
> (Fl. 147.)

> Maior é o equívoco do autor, ao indicar o outro item – 24 – da lista de serviços, nele destacando as expressões "Análises inclusive de sistemas", "coleta e processamento de dados de qualquer natureza".
>
> Análise de Sistemas é disciplina da Engenharia da Informação, que de sua vez é ramo da Ciência da Computação.
>
> (Fl. 149.)

Passando a refutar a assertiva de invasão da competência tributária da União, asseveram as informações, a propósito da exação dos serviços adicionais de telecomunicações (§ 2º do art. 2º), após transcrever o § 3º do art. 155 da Constituição:

> Dito isto, solar é o sentido do artigo 22 da Carta Maior, que ao dizer que "Compete privativamente à União, legislar sobre: IV – *águas, energia, informática,* **telecomunicações e radiodifusão**", está por atribuir-lhe exclusividade específica, que não abrange matéria tributária sobre o assunto, a qual foi expressamente imputada aos Estados e Distrito Federal pelo artigo 155.
>
> Ao enunciar que a natureza da matéria é tributária, subentendido está, que estamos falando de fato gerador, base de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, crédito tributário e etc. etc., sendo tudo de competência privativa dos Estados e Distrito Federal.
>
> (Fl. 157.)

Sobre os serviços que se tenham iniciado fora do Estado (§ 3º do art. 2º), propõe o Governador:

> Pelos dispositivos indicados, o ICMS incide "**sobre o serviço**" "**cuja prestação se tenha iniciado no exterior**", como por exemplo nas chamadas telefônicas a cobrar realizadas do exterior, que serão pagas no Brasil, porque o serviço foi prestado e será cobrado aqui.
>
> Em modo análogo funcionam as chamadas telefônicas a cobrar, realizadas em âmbito nacional e originadas de terminal telefônico público ou privado localizado fora do território do Estado.
>
> Nesta espécie de comunicação, o assinante mato-grossense é quem suporta o ônus do serviço, sendo o imposto devido na forma da Lei Complementar 87/96, pelo contribuinte de direito que lhe presta serviço, e que dele irá cobrar pela prestação: [Segue-se a transcrição do art. 11, III, *d* e § 3º da LC 87/1996.]
>
> (Fls. 158/9.)

Quanto à discriminação em benefício dos contribuintes do setor industrial (§ 3º do art. 3º), rezam as informações:

> O tratamento é diferenciado mas não privilegiado. Outras leis também preveem tratamento diferenciado para diversas categorias econômicas, como é o caso da legislação do Imposto de Renda e nem por isto, a aplicação deste tratamento fere ao contido na Carta Magna.
>
> (Fl. 178.)

Passando ao ponto referente à delegação, ao regulamento, de critérios de levantamento de preços, aduz o requerido:

> Questiona o Autor, que é inconstitucional o § 4º, do artigo 13, porque a Lei Complementar n. 87/96, determina em seu artigo 8º, § 4º, que a base de cálculo na substituição tributária, em relação a operações ou prestações subsequentes, obtida pela somatória da margem de valor agregado, inclusive lucro será estabelecida com base nos preços usualmente praticados no mercado considerado devendo os critérios para a sua fixação ser previstos em lei, ao passo que a legislação em julgamento, determina a observância dos demais critérios determinados pelo regulamento.

A interpretação decorrente do referido dispositivo, é de que o critério para fixação da base de cálculo na substituição tributária, já está definida na Lei Complementar em seu artigo 13, estipulado com o preço praticado no mercado.
(Fl. 180.)

No pertinente aos serviços iniciados fora do território mato-grossense (§ 2º do art. 16), alegam as informações:

Pelo *caput* do artigo 16 da Lei 7.098/98, define-se quem é o contribuinte de direito e de fato, exatamente como faz o § 3º do artigo 11 da Lei Complementar 87/96.

O § 2º do artigo 16 da Lei 7.098/98, ao indicar que é contribuinte do imposto o destinatário de "serviço de comunicação" "prestado ou iniciado fora do território mato-grossense", harmoniza-se com a Lei Complementar 87/96, que: [Segue-se a transcrição do art. 12 e seu item XIII da LC 87/1996.]
(Fl. 181.)

Finalmente, no que concerne à suposta inconstitucionalidade por omissão (parágrafo único do art. 22):

O artigo 22 da lei reedita o texto do *caput* do artigo 10, da Lei Complementar n. 87/96, que trata da restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que, comprovadamente não se realizar.

Na Lei Complementar, os parágrafos 1º e 2º do referido artigo, disciplinam sobre o pedido de restituição e a respectiva compensação ou estorno.

Na Lei local, estes parágrafos são substituídos pelo parágrafo único, que remete ao regulamento sobre a forma de comprovação da inocorrência do fato gerador, para efeito de restituição.

Como se vê, em momento nenhum houve a supressão dos parágrafos 1º e 2º do artigo 10, da Lei Complementar n. 87/96.

A restituição e o disciplinamento do pedido de restituição e a respectiva compensação ou estorno, já estão cristalinos no texto complementar.

A lei local remete ao regulamento a definição e critérios da inocorrência do fato gerador presumido também para operacionalização das atividades do Fisco, vez que esta legitimação ao substituído é extraordinária e apenas e tão somente para a hipótese configurada de inocorrência do fato gerador presumido, que não se confunde com as situações em que a operação subsequente ocorre por preço inferior ou à maior à base de cálculo prevista para substituição tributária.
(Fls. 182/3.)

As informações da Assembleia (fls. 187/95) justificam o processo legislativo adotado sob a forma de lei ordinária, contestam a ocorrência de invasão da competência, tanto dos Municípios quanto da União, bem como a quebra da isonomia em benefício do setor industrial, negando igualmente a omissão inconstitucional apontada pelo autor.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): É manifesto travar-se o confronto entre normas de lei estadual e disposições da Constituição Federal, motivo pelo qual rejeito a preliminar de incompetência do Supremo Tribunal, levantada nas informações prestadas pelo Governador.

Também não procede a objeção formal, fundada na natureza simplesmente ordinária do texto atacado.

Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII), como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local.

Preenche, atualmente, esse papel a LC 87, de 13 de setembro de 1996.

Controvérsia mais delicada tem lugar no item VI do § 1º do art. 2º e no § 6º do art. 6º, ambos da lei mato-grossense, ao disporem sobre a incidência do ICMS sobre as operações realizadas com programas de computador.

Sobre essa relevante questão, teve ocasião a Primeira Turma de pronunciar dois julgamentos, que harmoniosamente se completam:

a) em 10-11-1998, ao recusar a incidência do ICMS sobre operações de licenciamento ou cessão de programas de computador;

b) em 2-3-1999, ao admitir a cobrança, na hipótese de comercialização de disquetes contendo os programas.

Eis as ementas que bem resumem o magistério dos precedentes acima aludidos:

> **I** – *Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súmula 356).*
>
> A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal *a quo* se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, *DJ* de 19-6-1998).
>
> **II** – *Recurso extraordinário: questão constitucional*: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.
>
> Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui **mercadoria** é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.
>
> **III** – *Programa de computador (software): tratamento tributário: distinção necessária.*
>
> Não tendo por objeto uma **mercadoria**, mas um bem **incorpóreo**, sobre as operações de "**licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador**" – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado "***software* de prateleira**" (*off the shelf*) – os quais,

materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.
(RE 176.626, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 11-12-1998.)

Ementa: Tributário. Estado de São Paulo. ICMS. Programas de computador (Software). Comercialização.

No julgamento do RE 176.626, Ministro Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar *standard* de programa de computador, também chamado "de prateleira", e o licenciamento ou cessão do direito de uso de *software*.

A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do *corpus mechanicum* da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS.

Recurso conhecido e provido.
(RE 199.464, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, julgado em 2-3-1999.)

Dentro desse entendimento, procede a cautelar para, dando-se interpretação, conforme à Constituição, ao item VI do § 1º do art. 2º da lei estadual, fixar-se exegese no sentido de restringir a incidência do ICMS às cópias ou exemplares dos programas produzidos em série e comercializados no varejo, sem abranger o licenciamento ou cessão de uso.

Em face dessa interpretação, pode ser indeferida a liminar, quanto ao § 6º do art. 6º do mesmo diploma, sendo certo que a base de cálculo aí prevista haveria de sujeitar-se à restrição da incidência acima estabelecida para o inciso VI do § 1º do art. 2º.

Passando ao § 2º do art. 2º da lei em questão, não considero suficientemente relevante, para a concessão da cautelar, a fundamentação jurídica da inicial, por se compreenderem, conceitualmente, ao primeiro exame, as atividades adicionais em causa, nas prescrições constantes do art. 155, II, da Constituição e ao art. 2º, III, da LC 87/1996, referindo-se o último às "prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio".

A propósito do § 3º do mesmo art. 2º, julgo não apresentar suficiente plausibilidade o sentido de virtual imunidade, ao ICMS, em relação às chamadas partidas de outros Estados. Assim entendo, quer diretamente considerada a Constituição, quer levada, na devida conta, a mencionada lei complementar cujo art. 11 dispõe:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:
(...)
III – tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:
(...)
d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos.

A discriminação de que se queixa o autor (§ 3º do art. 3º da lei estadual), em função da dispensa – apenas para o setor industrial da exigibilidade do pagamento antecipado – não parece (sempre ao primeiro exame) contrariar a garantia

da igualdade, dada a razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção, fundada na real diferenciação da categoria dos contribuintes.

Quanto ao § 4º do art. 13 da lei atacada, penso que excede os limites da regulamentação permissível ao Poder Executivo o estabelecimento de critérios de cálculo, em adição aos prescritos em lei.

Volta-se, também, o autor, contra o § 2º do art. 16 da lei mato-grossense, por não haver, na Constituição nem na LC 87/1996, alusão à incidência do ICMS, quando se inicie a operação fora do território do Estado.

Cabe, todavia, aqui, a mesma observação tecida a propósito da impugnação ao § 3º do art. 2º da mesma lei, com apoio no art. 11, III, *d*, da LC 87/1996, nada conduzindo a admitir a imunidade a que, em última análise, aspira o requerente.

Embora atacando, a título de inconstitucionalidade por omissão, o parágrafo único do art. 22 da lei mato-grossense, o vício arguido pelo requerente é, em substância, de inconstitucionalidade positiva, consistente em relegar, ao regulamento, a disciplina da prova que, também a meu juízo, está sob o manto da garantida da reserva legal.

Em conclusão, conheço da ação, para em parte, deferir o pedido de medida cautelar, a fim de suspender, até decisão final da presente ação, os efeitos:

a) no § 4º do art. 13 da Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso, da expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento";

b) o parágrafo único do seu art. 22 e

c) ao inciso VI do art. 2º, da mesma lei, conferir, sem redução de texto, a interpretação consignada no texto deste voto.

PEDIDO DE VISTA
(Sobre o § 6º do art. 6º da Lei 7.098/1998)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, a regra da lei estadual diz que "incidirá sobre operações com programas de computadores *software*, ainda que realizados por transferência eletrônica de dados".

O que se tem no comércio de programas de computação? Transfere-se um determinado bem que, no caso específico, é uma linguagem matemática binária que compõe os programas de *software*, dependendo da natureza e sofisticação. Pois bem. Como é que se transfere, através de um mecanismo eletrônico, se não se tinha acesso à internet? O programa era conduzido ao consumidor pelas vias de um disquete – não estou falando em *CD-ROM*, e, sim, em programas de incorporação. Muito bem. Quando se difunde a internet, o que se cria? Cria-se a possibilidade de você, em vez de receber, comprar o disquete com o programa e, se tratar do disquete, colocar no disco rígido, você adquire o mesmo programa, acessando o *site* da empresa distribuidora e escolhe o programa que você quer; paga por mês com cartão de crédito ou pelo sistema de *cleanbox*, em que você

tem uma caixa eletrônica no sistema da internet, com o depósito de valores em moeda nacional conversível em moeda estrangeira – você compra isso. E como isso é transferido para o seu disco rígido do seu computador? Pelo sistema que eles denominam *download*, ou seja, acessa, depois de feitos todos os mecanismos, você autoriza, e o computador fica parado uns 10, 15 minutos, dependendo do tamanho do programa, e você incorpora para dentro do programa. Qual é a diferença entre um e outro? É que a linguagem matemática binária que compõe o *software* ou é transmitida tendo como base um disquete ou por meio do sistema da internet. Adquiro, então, o que se contém dentro do disquete ou aquilo que me é transmitido via sistema de internet. Qual a diferença entre um bem e outro? Nenhuma. O que eu adquiri foi um sistema de *software*. A diferença fundamental foi a forma pela qual me foi transferido esse sistema. Ou eu exijo que o consumidor vá à livraria, à empresa, à loja vendedora para comprar um disco desse tamanho que, ao fim e ao cabo, vem numa caixa desse tamanho – ninguém sabe o porquê disso, mas a caixa é enorme, e os discos são sempre iguais –, ou eu adquiro, por essa forma, para não me incomodar com o disquete e caixa, e fico com o bem. O que houve? Houve a transmissão de um bem que é o mesmo que me foi transmitido; a diferença é a forma pela qual se transmite: ou se transmite pelo sistema material, sistema de disco rígido, ou pelo sistema de internet. O que está sendo adquirido por mim? É o disco ou exatamente aquilo que se contém no disco; que é aquilo que não é transmitido pelo disco, é transmitido pelo sistema da internet? Em alguns casos é permitido um determinado tipo de reprodução de uso, outros programas não o admitem; você tem que pagar um diferencial, e, se não o faz, a transmissão vem e você não consegue copiar, pois ele tem um sistema de segurança – salvo um técnico especialista, um *hacker* para conseguir abri-lo. Então, posso, em alguns casos, recebido pela internet, colocar um disquete no meu sistema, copio o programa para dentro daquilo e transfiro para um outro computador. Em alguns casos, pode precisar duas ou três vezes pelos contratos – é uma questão de direito autoral, como foi dito pelo Sr. Ministro Moreira Alves. Dir-se-á: Não. Não pode porque não é mercadoria.

Agora pergunto.

Quando a Constituição diz o seguinte:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:
> (...)
> II – 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;
> (...)
> X – não incidirá:
> (...)
> b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

Por que ele está dizendo que não incidirá na transmissão interestadual de energia elétrica, que é um problema relativo à participação dos Estados, em

termos da grande exploração de energia elétrica no País? Significa que naturalmente incidiria se essa regra não viesse. A regra veio para evitar o problema de determinados Estados, grandes produtores super-habitáveis na produção de energia elétrica, leia-se Paraná, vá tributar o consumo dos outros Estados, lembrando sempre que a razão disso é que os investimentos para a produção de energia elétrica no Paraná foram investimentos nacionais, do Tesouro Nacional, que é a Itaipu, a binacional Itaipu.

Então, veja, a energia elétrica compõe elemento da base e semelhança e a energia elétrica não é um sinal binário matemático, mas algo que não coincide com um bem corpóreo no sentido estrito da expressão que está sendo utilizado. Não sei, pelo menos alguém até agora não conseguiu agarrar a energia elétrica. Toda vez que tentei agarrar tive problemas. Creio que todos já tiveram o mesmo problema. A energia elétrica dá choque e o programa de computador dá acessos.

Também não me impressiona o § 3º do art. 155 que diz assim:

> § 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.

Não está dizendo aqui, por esse dispositivo, que a energia elétrica é excepcionalmente base do ICMS. Não, a energia elétrica é tratada como mercadoria na Constituição. Tanto é que essa letra *b* diz que na hipótese da transmissão interestadual não é cobrável de um Estado para o outro. Essa regra se justifica porque o sistema do ICMS no Brasil é sistema da origem e não do destino. Quem percebe o ICMS é o Estado de origem do próprio produtor; é imposto sobre produto e não sobre consumo.

Então, veja, se isento, se digo que a evasão fiscal não está abrangida pelo ICMS, a transmissão de um programa, pela via da transferência eletrônica de dados, estou dizendo que não estou cobrando o programa, mas o bem corpóreo. Porque não tem bem corpóreo não estou comprando? Estou comprando o programa. Começa a entrar em limites, ou seja, a linguagem utilizada no sistema da Constituição pelo ICMS começa a bater com sistemas modernos de comercialização, de transferências. O caminho todo é dessa forma, ou seja, vai-se utilizar cada vez mais esse sistema de inter-relações através do sistema da internet. A prestação de serviços, inclusive, se produz hoje basicamente pela internet. Nenhuma empresa mais, Ministro Sepúlveda Pertence, recebe naquela hipótese de não incidir em si mesmo, porque é serviço. A transferência do serviço encomendado não é por sistema de disquete, é por sistema de *download*, por sistema meramente de comunicação.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Aqui há problema de aplicação analógica. Considerar que havia analogia...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Na medida em que a Constituição não diz que a energia elétrica é base de cálculo do ICMS; só diz o contrário. Na hipótese da venda interestadual não cabe. Se o sistema brasileiro fosse um sistema de tributação...

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas o § 3º admite, tanto que diz: "à exceção dos impostos de que trata o inciso II..."

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro Moreira Alves, o § 3º diz que só cabem esses dois impostos porque esse dispositivo passou a integrar a Constituição para evitar que sobre produtos que eram produções nacionais à época, monopolizadas pelo Estado, como algumas delas ainda o são, como petróleo etc., não houvesse incidência de imposto municipal sobre serviço. Foi o que aconteceu.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas veja que o § 3º diz que: "à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* [e o inciso II do *caput* trata do ICMS] nenhum outro tributo poderá incidir". Quer dizer: o ICMS pode incidir.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Estou dizendo que o ICMS não é por exceção que incide. Ele está excepcionando em relação aos outros.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas o problema é que a energia elétrica foi destacada justamente porque é específica.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não foi destacada para isso; foi para evitar que sobre energia elétrica – que é um produto nacional – pudessem os Estados e os Municípios incidir outros tributos sobre serviço.

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Mas se não houvesse essa forma, jamais se cobraria ICMS sobre energia elétrica. Porque se diria que não é uma mercadoria que pode ser estocada em armazém etc.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, peço escusas a Vossa Excelência e aos Colegas por ter iniciado essa discussão. Esse é o tipo de tema que responderia a eventual necessidade da existência de determinados técnicos para dar determinados tipos de informações de que não dispomos. Aliás, o projeto de lei que circula sobre ação direta de inconstitucionalidade viabiliza que o Relator possa emitir parecer sobre determinados temas muito específicos. Nesse assunto tenho muita cautela.

Peço escusas por ter provocado essa discussão, mas necessariamente vou pedir vista, Senhor Presidente.

VOTO
(Sobre o § 2º do art. 2º da Lei estadual 7.098/1998)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, acompanho o Ministro Relator, não me comprometendo no mérito, porque confesso que não sei com clareza o que significa adesão, ativação, habilitação, disponibilidade e assinatura; se são serviços que se prestam para otimizar ou não a ativação.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.945-MC/MT — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMBD (Advogados: Vania

Kirzner e outros). Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, rejeitou a preliminar de incompetência do Supremo Tribunal Federal, suscitada nas informações prestadas pelo Governador do Estado. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação unânime, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia integral da Lei estadual 7.098, de 30-12-1998, quanto à alegação de que seria exigível lei complementar para o tratamento normativo da matéria. Também por unanimidade, o Tribunal indeferiu o pedido de medida cautelar relativamente aos § 2º e § 3º do art. 3º; e à cláusula final "fora do território mato-grossense", inscrita no § 2º do art. 16, todos da Lei estadual 7.098/1998. O Tribunal, ainda por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia da expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento", constante do § 4º do art. 13, e para sustar a execução e a aplicabilidade do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/1998. Votou o Presidente. Depois do voto do Ministro Octavio Gallotti (Relator), que deferia, em parte, o pedido de medida cautelar para, no inciso VI do § 1º do art. 2º da Lei estadual 7.098/1998, suspender a expressão "ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados", e dar à primeira parte do mesmo dispositivo interpretação conforme a Constituição, para, sem incidência do ICMS às operações de circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador, produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo, porém, o licenciamento ou interpretação conforme acima referida, o pedido de medida cautelar quanto ao § 6º do art. 6º da Lei 7.098/1998 do Estado de Mato Grosso, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim, para exame deste último aspecto do voto proferido pelo Ministro Octavio Gallotti (Relator). Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 19 de abril de 1999 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

1. O caso

O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) ajuizou a presente ação declaratória de inconstitucionalidade em face da Lei mato-grossense 7.098, de 30 de dezembro de 1998.

A Lei 7.098/1998 do Estado do Mato Grosso "consolida normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e

sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS".

O PMDB impugna o teor integral da lei "por ser, formalmente, uma lei ordinária, quando, conforme se provará adiante, teria que revestir-se da forma de uma lei complementar" (fl. 6).

Os dispositivos seguintes são impugnados também por motivação específica:

(1) Art. 2º, VI, e art. 6º, § 6º (bitributação):

> Art. 2º (...)
> *§ 1º O imposto incide também:*
> (...)
> VI – sobre as operações com programa de computador – *software* –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.
> Art. 6º A base de cálculo do imposto é:
> (...)
> § 6º Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador – *software* – qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.

(2) Art. 2º, § 2º e § 3º (competência da União):

> Art. 2º O imposto incide sobre:
> (...)
> § 1º O imposto incide também:
> (...)
> § 2º Nas hipóteses elencadas no inciso III do *caput*, o imposto incide ainda sobre os serviços adicionais tais como os cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização, serviços suplementares e outras facilidades que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.
> § 3º Sobre a parcela da prestação onerosa de serviços de comunicação, de que tratam o inciso III do *caput* e o parágrafo anterior, o imposto incide ainda que o serviço tenha se iniciado no exterior ou fora do território do Estado.

(3) Art. 3º, § 3º (tratamento diferenciado):

> Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
> (...)
> § 3º Poderá ser exigido o pagamento antecipado do imposto, conforme disposto em normas complementares, relativamente a determinadas operações, prestações, atividades ou categorias de contribuintes, exceto para o setor industrial.

(4) Art. 13, § 4º (matéria de lei por regulamento):

> Art. 13. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:
> (...)
> § 4º A margem a que se refere a alínea *c* do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos

por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos obtidos junto às entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, observados os demais critérios determinados pelo regulamento.

(5) Art. 16, § 2º (interpretação extensiva):

Art. 16. (...)
(...)
§ 2º O disposto no inciso II do parágrafo anterior aplica-se também quando o serviço de comunicação for prestado ou iniciado fora do território mato-grossense.

(6) Art. 22, parágrafo único (inconstitucionalidade por omissão)

Art. 22. (...)
(...)
Parágrafo único. Para efetivação da restituição, o regulamento disporá sobre a forma de comprovação da inocorrência do fato gerador.

2. As alegações da ação direta de inconstitucionalidade

Esses são os principais argumentos levantados pela requerente:

(1) A Lei n. 7.098/98 é uma consolidação de normas tributárias. Como tal, define e delibera sobre incidência, fato gerador, não incidência, benefícios fiscais, base de cálculo, alíquota, contribuinte, substituição tributária e responsabilidade, locais da operação e da prestação, compensação, "todas matérias que, sem exceção, exigem lei complementar", tanto em esfera federal, quanto em esfera estadual.
(Fl. 12.)

(2) São inúmeras as decisões do próprio STF inadmitindo o tratamento por lei estadual ordinária respeitante a questões tributárias e previdenciárias, cuja essência formal pela importância da matéria é de lei complementar.
(Fl. 13.)

(3) Não se pode arguir e alegar que, em havendo Lei Complementar Federal, ou seja, a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, normatizando o ICMS, poderia o Estado de Mato Grosso relegar a lei ordinária a sua própria consolidação do mesmo imposto.
(Fl. 15.)

(4) (...) a Lei n. 7.098/98 [invade] competência até mesmo federal (...) estendendo a abrangência e criando novas formas de incidência não previstas pela Constituição Federal e pela Lei Complementar 87/96.
(Fl. 15.)

(5) (...) a própria Carta Maior Estadual (...) determina que o sistema Tributário e Financeiro do Estado seja objeto de Lei Complementar.
(Fl. 16.)

(6) Percebe-se, claramente, do dispositivo (...) da Lei n. 7.098/98, que o Estado arvorou-se arbitrariamente em uma visível bitributação, fazendo incidir o ICMS sobre as operações com programa de computador – *software* –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.
(Fl. 18.)

(7) "Abusou o Estado e extrapolou invadindo a competência privativa da União, ferindo o disposto no inciso IV do artigo 22 da Constituição Federal."
(Fl. 23.)

(8) (...) além de omitir-se sobre um direito líquido e certo do contribuinte do imposto, da forma como requerer a restituição e creditar-se do mesmo em sua escrita fiscal, ainda tornou-o dependente de regulamentação, de forma que a restituição fique condicionada à forma determinada de comprovação da inocorrência do fato gerador, num total desrespeito ao que determinou a Lei Complementar 87/96. Transformou uma norma de eficácia plena em norma de eficácia contida, dependente de regulamentação.
(Fl. 30.)

3. Informações

Nas informações, alega-se, preliminarmente, que a ação direta de inconstitucionalidade não merece ser conhecida, uma vez que o exame de fatos discutíveis e a reanálise da tramitação do projeto não são passíveis de exame em ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, sustentou-se:

(1) [a edição da lei foi] Perfeitamente legal posto que a necessidade de lei complementar referenda-se à Lei n. 87/96 que editou normas gerais e a Lei ordinária determinou as normas de vigência no Estado.
(Fl. 139.)

(2) (...) para o item 22 da Lista de Serviços, transcrito à folha 18 da inicial, no qual o autor destaca a expressão "processamento de dados", esta refere-se a trabalho sem vínculo empregatício, ajustado entre as partes, no qual o prestador executa pessoalmente ou por terceiros, a sua conta e risco, o tratamento de dados por meio de suas máquinas eletrônicas ou não, com o fim de obter como resultados a informação por eles representada.
(Fl. 147.)

(3) (...) solar é o sentido do artigo 22 da Carta Maior, que ao dizer que "compete privativamente à União legislar sobre: IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão", está por atribuir-lhe exclusividade específica, que não abrange matéria tributária sobre o assunto, a qual foi expressamente imputada aos Estados e Distrito Federal pelo artigo 155.
(Fl. 157.)

(4) (...) a Lei local ora atacada é legítima remetendo os demais critérios para o regulamento, porque é neste instrumento jurídico que o Fisco irá determinar a operacionalização destes procedimentos.
(Fl. 181.)

4. Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso

Em suas informações a Assembleia destaca algumas observações:

(1) (...) o artigo a que se atribui inconstitucionalidade por excluir o setor industrial, trata desigualmente os desiguais, o que traduz na prática a plena aplicação do princípio constitucional da isonomia e igualdade tributária. Trata-se de uma forma de incentivo, haja vista tal setor já ser penalizado por pesada carga tributária, corroborando com isso a intenção da Lei em implementar o setor industriário no Estado.
(Fl. 194.)

(2) O parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.098/98 de fato não requer uma lei ou providência administrativa ulterior para que a situação nele prevista se efetive na prática, uma vez que os parágrafos 1º e 2º da Lei Complementar n. 87/96 são plenamente aplicáveis, o que garante o direito líquido e certo de resguardar aos contribuintes a restituição do tributo.
(Fl. 195.)

5. Voto do Ministro Gallotti

Leio o voto do Ministro Octavio Gallotti:

É manifesto travar-se o confronto entre normas de lei estadual e disposições da Constituição Federal, motivo pelo qual rejeito a preliminar de incompetência do Supremo Tribunal, levantada nas informações prestadas pelo Governador.

Também não procede a objeção formal, fundada na natureza simplesmente ordinária do texto atacado.

Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XXI), como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local.

Preenche, atualmente, esse papel a LC 87, de 13 de setembro de 1996.

Controvérsia mais delicada tem lugar no item VI do § 1º do art. 2º e no § 6º do art. 6º, ambos da lei mato-grossense, ao disporem sobre a incidência do ICMS sobre as operações realizadas com programas de computador.

Sobre essa relevante questão, teve ocasião a Primeira Turma de pronunciar dois julgamentos, que harmoniosamente se completam:

a) em 10-11-1998, ao recusar a incidência do ICMS sobre operações de licenciamento ou cessão de programas de computador;

b) em 2-3-1999, ao admitir a cobrança, na hipótese de comercialização de disquetes contendo os programas.

Eis as ementas que bem resumem o magistério dos precedentes acima aludidos:

"I – Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súmula 356).

A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionamento é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual 'não foram opostos embargos declaratórios'. Mas se, opostos, o Tribunal *a quo* se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, *DJ* de 19-6-1998).

II – Recurso extraordinário: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.

Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.

III – Programa de computador (*software*): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de 'licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador' – matéria exclusiva na lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – com a do chamado '*software* de prateleira' (*off the shelf*) – os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias posta no comércio."

(RE 176.626, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 11-12-1998.)

"*Ementa: Tributário. Estado de São Paulo. ICMS. Programas de Computador (software). Comercialização.*

No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar *standard* de programa de computador, também chamado 'de prateleira', e o licenciamento ou cessão do direito de uso de *software*.

A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do *corpus mechanicum* da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS.

Recurso conhecido e provido."

(RE 199.464, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, Julgado em 2-3-1999.)

Dentro desse entendimento, procede a cautelar para, dando-se interpretação, conforme à Constituição, ao item VI do § 1º do art. 2º da lei estadual, fixar-se exegese no sentido de restringir a incidência do ICMS às cópias ou exemplares dos programas produzidos em série e comercializados no varejo, sem abranger o licenciamento ou cessão de uso.

Em face dessa interpretação, pode ser indeferida a liminar, quanto ao § 6º do art. 6º do mesmo diploma, sendo certo que a base de cálculo aí prevista haveria de sujeitar-se à restrição da incidência acima estabelecida para o inciso VI do § 1º do art. 2º.

Passando ao § 2º do art. 2º da lei em questão, não considero suficientemente relevante, para a concessão da cautelar, a fundamentação jurídica da inicial, por se compreenderem, conceitualmente, ao primeiro exame, as atividades adicionais em causa, nas prescrições constantes do art. 155, II, da Constituição e ao art. 2º, III, da LC 87/1996, referindo-se o último a "prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio".

A propósito do § 3º do mesmo art. 2º, julgo não apresentar suficiente plausibilidade o sentido de virtual imunidade, ao ICMS, em relação às chamadas partidas de outros Estados. Assim entendo, quer diretamente considerada a Constituição, quer levada, na devida conta, a mencionada lei complementar cujo art. 11 dispõe:

"Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III – tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

(...)

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casão."

A discriminação de que se queixa o autor (§ 3º do art. 3º da lei estadual), em função da dispensa – apenas para o setor industrial da exigibilidade do pagamento antecipado – não parece (sempre ao primeiro exame) contrariar a garantia da igualdade, dada a razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção, fundada na real diferenciação da categoria dos contribuintes.

Quanto ao § 4º do art. 13 da lei atacada, penso que excede os limites da regulamentação permissível ao Poder Executivo o estabelecimento de critérios de cálculo, em adição aos prescritos em lei.

Volta-se, também, o autor, contra o § 2º do art. 16 da lei mato-grossense, por não haver, na Constituição nem na LC 87/1996, alusão à incidência do ICMS, quando se inicie a operação fora do território do Estado.

Cabe, todavia, aqui, a mesma observação tecida a propósito da impugnação ao § 3º do art. 2º da mesma lei, com apoio admitir a imunidade a que, em última análise, aspira o requerente.

Embora atacando, a título de inconstitucionalidade por omissão, o parágrafo único do art. 22 da lei mato-grossense, o vício arguido pelo requerente é, em substância, de inconstitucionalidade positiva, consistente em relegar, ao regulamento, a disciplina da prova que, também a meu juízo, está sob o manto da garantia da reserva legal.

Em conclusão, conheço da ação, para em parte, deferir o pedido de medida cautelar, a fim de suspender, até decisão final da presente ação, os efeitos:

a) no § 4º do art. 13 da Lei n. 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso, da expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento";

b) o parágrafo único do seu art. 22 e

c) ao inciso VI do art. 2º, da mesma lei, conferir, sem redução de texto, a interpretação consignada no texto deste voto.

Em suma, o Ministro Relator conclui:

(a) (...) dentro desse entendimento, procede a cautelar para, dando-se interpretação conforme à Constituição, ao item VI do § 1º do art. 2º da Lei estadual, fixar-se exegese no sentido de restringir a incidência do ICMS às cópias ou exemplares dos programas produzidos em série e comercializados no varejo, sem abranger o licenciamento ou cessão de uso.
(Fl. 24.)

(b) (...) indeferiu a liminar quanto ao § 6º do art. 6º, ao § 2º do art. 2º, ao § 3º do art. 2º, bem como quanto ao § 3º do art. 3º, pois [este] não parece (...) contrariar

a garantia da igualdade, dada a razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção, fundada em real diferenciação da categoria dos contribuintes.
(Fl. 25.)

(c) entendeu que o "(...) § 4º do art. 13 da lei atacada (...) excede os limites da regulamentação permissível ao Poder Executivo (...)".
(Fl. 25.)

(d) considerou "(...) com apoio no art. 11, III, *d*, da LC 87/1996, nada [está] conduzindo a admitir a imunidade a que (...) aspira o requerente [ao impugnar o § 2º do art. 16 da lei".
(Fl. 26.)

6. Os memoriais

A ABES apresentou memorial intitulado "Documentação básica sobre tributação de software no Brasil".

No capítulo I do documento, denominado "Legislação", podem ser encontradas tanto normas estaduais sobre o ICMS, quanto disposições fazendárias que fixam o valor aduaneiro do programa considerado somente o suporte físico do mesmo.

A Lei 9.609/1998 define o que seja "Programa de Computador". O art. 9º determina que "O uso do programa de computador no país será objeto de contrato de licença".

O Capítulo II, "Decisões Judiciais", traz decisões do STF, do STJ e da Segunda e Primeira Instâncias.

As decisões trazidas pela ABES orientam-se, de um modo geral, pela tese da impossibilidade da incidência do ICMS sobre o licenciamento de uso do mesmo, pois não têm "por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo" (RE 176.626, *Pertence*).

No Capítulo III, "Contratos de *software*", são trazidos alguns exemplos de contratos envolvendo o licenciamento do uso de programas de computador.

7. Voto-vista

7.1 delimitação do problema

Em suma, a ação direta de inconstitucionalidade levanta os seguintes problemas:

(a) Alega que a lei estadual invade competência tributária da União, já que o art. 22, IV, da Constituição estabelece competência privativa da União em matéria de telecomunicações e radiodifusão;

(b) Alega que a lei estadual deveria ser, em verdade, lei complementar em respeito aos arts. 146, III; 155, § 2º, XII; e 59, II, da Constituição;

(c) inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, VI; e do art. 6º, § 6º, da lei estadual por fixar cobrança de ICMS em matéria de competência municipal (incidência do ISS) em desrespeito ao art. 156, III, da Constituição;

(d) inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da lei estadual que ao fixar "prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio" ampliou a incidência do ICMS a hipóteses de serviços adicionais como acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização e serviços suplementares;

(e) inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, e art. 16, § 2º, da lei estadual por fixar como competência tributária do Estado a cobrança de ICMS de operações iniciadas fora do território estadual;

(f) inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da lei estadual por excluir o setor industrial do sistema de pagamento antecipado do imposto em violação ao princípio da isonomia;

(g) inconstitucionalidade do art. 13, § 4º, da lei estadual por ter delegado ao regulamento a fixação de alguns critérios de fixação de margem de valor agregado do produto;

(h) inconstitucionalidade por omissão do art. 22, parágrafo único, da lei estadual que estabeleceu que o regulamento disporá sobre a forma de comprovação da inocorrência do fato gerador para fins de devolução dos valores cobrados em substituição tributária (alega-se que uma norma de eficácia plena tornou-se norma de eficácia contida, à espera do regulamento).

7.2 Questões preliminares e iniciais

Acerca da alegação de inconstitucionalidade da lei ordinária estadual tratar da temática (a), acompanho o Ministro Relator.

Também em relação às preliminares levantadas pelas informações e acerca da alegação da inconstitucionalidade dos art. 2º, § 2º, § 3º; art. 3º, § 3º; art. 13, § 4º; art. 16, § 2º; e art. 22, parágrafo único, da Lei 7.098/1998, acompanho o Relator.

Nesse sentido, defiro parcialmente a cautelar para suspender, até a decisão final da presente ação, os efeitos da expressão "observados os demais critérios determinados" constante do art. 13, § 4º, e o parágrafo único do art. 22 da lei estadual.

8. Divergência e problema central

A questão central do processo, entretanto, diz respeito à interpretação do art. 2º, § 1º, I; e art. 6º, § 6º, da lei estadual.

Gallotti levanta dois precedentes do Tribunal (RE 176.626, Rel. Min. *Pertence*, *DJ* de 11-12-1998 e RE 199.464, Rel. Min. *Galvão*, *DJ* de 2-3-1999)

para sustentar que não incide o ICMS sobre operações de licenciamento ou cessão de programas de computador.

Os argumentos do Relator são os argumentos dos precedentes.

Leio na ementa do primeiro precedente:

> Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado "*software* de prateleira" (*off the shelf*) – os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

A questão, portanto, é saber se o ICMS pode ser cobrado pelo licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

O argumento da atual posição do Tribunal é de que não se trata de bem corpóreo ou mercadoria no sentido estrito e, por isso, não pode ser objeto da incidência do ICMS.

Por outro lado, o Tribunal já confirmou a posição de que o ICMS incide sobre a venda de *softwares* de prateleira, ou seja, os programas de computador adquiridos materialmente ou por meio de embalagem vendida no mercado varejista.

A pergunta fundamental, portanto, é essa: é possível a incidência de ICMS sobre a circulação de mercadoria virtual?

A resposta, para mim, é afirmativa.

Na sessão em que *Gallotti* trouxe a questão, tive a oportunidade de expor minha posição e alguns argumentos que me faziam entender pela possibilidade dessa incidência.

Assim havia me pronunciado:

> O que se tem no comércio de programas de computação? Transfere-se um determinado bem que, no caso específico, é uma linguagem matemática binária, que compõe os programas de *software*, dependendo da natureza e sofisticação. Pois bem. Como é que se transfere, através de um mecanismo eletrônico, se não se tinha acesso à internet? O programa era conduzido ao consumidor pelas vias de um disquete – não estou falando em *CD-ROM*, e, sim, em programas de incorporação. (...) Quando se difunde a internet, o que se cria? Cria-se a possibilidade de você, em vez de receber, comprar o disquete com o programa e, se tratar do disquete, colocar no disco rígido, você adquire o mesmo programa, acessando o *site* da empresa distribuidora e escolhe o programa que você quer. (...) E como isso é transferido para o seu disco rígido do seu computador? Pelo sistema que eles denominam *download*.

Existem, basicamente, duas formas, hoje, de aquisição de programa de computador: uma delas se dá pela tradição material, corpórea de um instrumento que armazena o mencionado programa.

Tratava-se de forma usual e a mais comum de aquisição de programa de computador.

Entretanto, a revolução da internet demoliu algumas fronteiras por meio da criação e aprimoramento de um "mundo digital".

A época hoje é de realizações de negócios, operações bancárias, compra de mercadorias, acesso a banco de dados de informações, compra de músicas e vídeos, e aquisição de programa de computador nesse ambiente digital.

Não há nessas operações a referência ao corpóreo, ao tateável, mas simplesmente pedidos, entregas e objetos que são, em realidade, linguagem matemática binária.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.945-MC/MT — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMBD (Advogados: Vania Kirzner e outros). Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, 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: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia a cautelar para entender que o ICMS pode incidir sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados, julgando, assim, em sede liminar, pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, VI; e do art. 6º, § 6º, da Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski. Não participa da votação a Ministra Ellen Gracie, por suceder ao Ministro Octavio Gallotti, Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

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

Brasília, 29 de março de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, trata-se de ação direta com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), com o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do texto integral e de dispositivos específicos da Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso, que consolida normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) (fls. 85v.-91v.).

Na inicial, o PMDB aponta, em síntese, as seguintes inconstitucionalidades na Lei 7.098/1998: [i] vício formal, por dispor sobre matéria de lei complementar (arts. 59, II, parágrafo único; 146, III, *a* e *b*; 155, II, § 2º, XII, *a*, *b*, *c* e *d*; 34, § 8º, do ADCT, todos da Constituição); [ii] do inciso VI do art. 2º, e do § 6º do art. 6º, em razão da invasão da competência municipal e da bitributação (art. 155, II, § 2º, IX, *b*; 156, III, todos da Constituição); [iii] dos § 2º e § 3º do art. 2º, por invasão da competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da Constituição); [iv] do § 3º do art. 3º, por instituir tratamento desigual entre os contribuintes (art. 150, II, da Constituição); [v] do § 4º do art. 13, por autorizar ato regulamentar que disponha sobre critérios que devem ser fixados por lei (art. 8º, § 4º, da LC 87/1996), [vi] do § 2º do art. 16, por conferir interpretação extensiva a questão da competência territorial; e [vii] do parágrafo único do art. 22, inconstitucionalidade por omissão, "pois torna de eficácia contida uma norma da LC 87/1996, que é de eficácia plena" (fl. 29).

Registro que foram prestadas as informações pelo governador do Estado de Mato Grosso (fls. 128-184) e pela Assembleia Legislativa daquele Estado (fls. 186-195).

Na sessão plenária de 19-4-1999, o Ministro Octavio Gallotti, Relator originário do feito, submeteu a matéria a julgamento e conheceu a ação para deferir em parte o pedido de medida cautelar.

Na ocasião, o Tribunal, ao julgar o pedido de medida cautelar, por votação unânime: [i] **rejeitou** a preliminar de incompetência desta Corte, suscitada pelo Governador do Estado; [ii] **indeferiu** o pedido de suspensão cautelar de eficácia integral da referida lei estadual, quanto à alegação de que seria exigível lei complementar para o tratamento normativo da matéria; [iii] **indeferiu** o pedido de medida cautelar relativamente aos § 2º e § 3º do art. 2º, ao § 3º do art. 3º, e à cláusula final "fora do território mato-grossense", inscrita no § 2º do art. 16 da mencionada lei; [iv] **deferiu** o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia da expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento", constante do § 4º do art. 13, bem como para suspender a execução e a aplicabilidade do parágrafo único do art. 22, ambos da lei estadual impugnada.

O Ministro Nelson Jobim, então, pediu vista para melhor examinar o voto do Ministro Relator no ponto em que este deferia, em parte, a medida cautelar para: [i] suspender a expressão "ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados", do inciso VI do § 1º do art. 2º da norma contestada; [ii] conferir à primeira parte desse mesmo dispositivo, interpretação conforme à Constituição, para, sem redução de texto, fixar exegese no sentido de restringir a incidência do ICMS às operações de circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo, porém, o licenciamento ou cessão de uso dos ditos programas; e [iii] indeferir, em face da interpretação conforme acima referida, o pedido de medida cautelar quanto ao § 6º do art. 6º da Lei 7.098/1998 do Estado de Mato Grosso.

Em 29-3-2006, o Ministro Nelson Jobim, em voto-vista, divergiu do Relator para entender que o ICMS pode incidir sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados. Assim, para os fins desta cautelar, julgou constitucionais os arts. 2º, § 1º, VI; e 6º, § 6º, ambos da Lei 7.098/1998.

Nessa ocasião, pedi vista dos autos para melhor exame do tema.

Como se viu, quanto ao pedido de medida cautelar, ficou ainda pendente a decisão sobre a constitucionalidade dos arts. 2º, § 1º, VI; e 6º, § 6º, ambos da lei mato-grossense, que tratam especificamente da incidência do ICMS nas operações com programa de computador (*software*) e de sua base de cálculo.

A matéria ora submetida à apreciação do Plenário, convém recordar, não é nova nesta Suprema Corte. Em caso semelhante, nos autos do RE 176.626/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou procedente ação declaratória ajuizada pela recorrida com o objetivo de que seja reconhecida a incidência do ICMS sobre operações de "licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador", a Primeira Turma assentou que

> Não tendo por objeto uma **mercadoria**, mas um bem **incorpóreo**, sobre as operações de "**licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador**" – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado "***software* de prateleira**" (*off the shelf*) – os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.
> (Grifos no original.)

À ocasião, acolheu-se a distinção proposta por Rui Saavedra entre os denominados programas *standard* destinados a uma pluralidade de usuários, fabricados em massa e comercializados em prateleiras de estabelecimentos comerciais e os programas destinados ao atendimento das necessidades de determinado usuário, preparados a pedido e de acordo com as solicitações deste.[1]

Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence concluiu o seguinte:

> De fato. O comerciante que adquire exemplares para revenda, mantendo-os em estoque ou expondo-os em sua loja, não assume a condição de licenciado ou cessionário dos direitos de uso que, em consequência, não pode transferir ao comprador: sua posição, aí, é a mesma do vendedor de livros ou de discos, que não negocia com os direitos do autor, mas com o *corpus mechanicum* de obra intelectual que nele se materializa. Tampouco, *a fortiori*, a assume o consumidor final, se adquire um exemplar do programa para dar de presente a outra pessoa. E é sobre essa operação que cabe plausivelmente cogitar da incidência do imposto questionado.

---

[1] SAAVEDRA, Rui. *A proteção jurídica do* software *e a internet*. Lisboa: Don Quixote, 1998. p. 106-107.

A distinção é, no entanto, questão estranha ao objeto desta ação declaratória, reduzido ao licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, bem incorpóreo sobre o qual, não se cuidando de mercadoria, efetivamente não pode incidir o ICMS; por isso, não conheço do recurso: é o meu voto.

Noutra ocasião, no julgamento do RE 199.464/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, o Tribunal deu provimento ao recurso interposto contra acórdão do TJ/SP, que exonerou comerciante de disquetes contendo programas para computadores (*software*) da obrigação de recolher ICMS, por considerar a operação sujeita apenas ao ISS, nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Estado de São Paulo. ICMS. Programas de Computador (software). Comercialização.

No julgamento do RE 176.626/SP, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar *standard* de programa de computador, também chamado "de prateleira", e o licenciamento ou cessão do direito de uso de *software*.

A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do *corpus mechanicum* da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS.

Recurso conhecido e provido.

Pesquisando acerca do tema em debate, constatei que a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte não destoa da conclusão a que chegou o XLII Congresso Internacional de Direito Financeiro e Fiscal, promovido pela *Internacional Fiscal Association (IFA)*, em Amsterdã, dedicado ao tema *Tax treatment of computer software*.

À ocasião, após um exame do Direito Comparado, John B. Jones e Robert N. Mattron lançaram no relatório geral a conclusão de que a venda de *software* de prateleira, *packaged software*, *off the shelf*, *canned*, *standard program*, equivale a uma transferência de bens (mercadorias), enquanto que o *customized software* desenvolvido para as necessidades específicas de um particular, equivale a uma prestação de serviço.[2]

Estabelecidas as balizas jurisprudenciais e doutrinárias do tema, passo ao exame preliminar da constitucionalidade das normas impugnadas.

Dispõe o art. 2º, § 1º, VI, da Lei 7.098/1998, do Estado de Mato Grosso, que o ICMS incide "sobre as operações com programa de computador – *software* –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados" (fl. 84v.).

Por sua vez, o art. 6º, § 6º, da referida lei estadual estabelece que "integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador – *software* – qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação" (fl. 86v.).

---

[2] Cf. General Report: Tax Treatment of Computer Software. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*. v. 73, *b*, 1988, p. 32.

Na sequência, recordo que o ponto central que remanesce analisar quanto à medida cautelar consiste saber se as operações econômicas que envolvem o programa de computador ou *software*, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados, estão compreendidas no campo de incidência do ICMS.

Em sede doutrinária, Ives Gandra Martins sustenta a impossibilidade de incidência do ICMS nas operações de licenciamento e sublicenciamento de programas de *software* em razão do nítido exercício de direito autoral que ostentam. Nesse sentido, sustenta o autor o seguinte:

> Nem se argumente que o *software*, muitas vezes, é apenas locado, nem que, em outras, os programas são cedidos em série, posto que, nas duas hipóteses, a densidade econômica da mercadoria é sempre inferior à da criação intelectual nele expressa e a locação não é uma prestação de serviços, como não é venda de mercadoria a alienação de tais programas constituídos de bens imateriais.[3]

Em estudo pontual sobre a matéria, Edvaldo Brito conclui que o *software* não sofre a incidência do ICMS porque está submetido ao regime jurídico da imunidade que o afasta do campo de incidência do imposto. Para o autor, o "*software* é uma atividade intelectual que, em si mesma como *know how* ou veiculada no disquete, está afastada, pela Constituição, da tributação porque opera as funções daquele objeto que, tradicionalmente, denomina-se livro"[4]. Desse entendimento compartilham, *inter alia*, Guilherme Pereira das Neves[5], Clélio Chiesa[6] e Marcello Martins Motta Filho[7].

Ainda nessa linha, destaco a tese da imunidade tributária do *software*, equiparado ao livro eletrônico, defendida por Hugo de Brito Machado[8], Roque Antônio Carrazza[9], entre outros.

---

[3] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O licenciamento e o sublicenciamento de programas de *software* não se confundem com circulação de mercadorias impossibilidade de incidirem sobre as respectivas operações ICMS. *Revista de Imposto de Renda*, n. 270, jan., São Paulo: CERFIR, 1990. p. 24.

[4] BRITO, Edvaldo. *Software*: ICMS, ISS ou imunidade tributária? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 5, fev., 1996. p. 19-28.

[5] NEVES, Guilherme Pereira das. ICMS – Comercialização de conteúdos digitais na internet – imunidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 74, nov., 2001. p. 50-57.

[6] CHIESA, Clélio. A tributação da comercialização de programas de computador: incidência do ICMS, ISS ou fato atípico? *Revista Fórum de Direito Tributário*, n. 2, Belo Horizonte: Fórum, mar./abr., 2003. p. 127-143.

[7] MOTTA FILHO, Marcello Martins. *Software* de prateleira e o ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 35, ago., 1998. p. 64-70.

[8] MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. *Revista Opinião Jurídica*, v. 5, Fortaleza, 2005. p. 111-135.

[9] CARRAZZA, Roque Antônio. Livro eletrônico – Imunidade tributária – Exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Imunidade tributária do livro eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 254-272.

Para Carrazza, essa interpretação "é a única que atende a *ratio constitutionis* de salvaguardar a cultura, a liberdade de imprensa, a livre difusão do pensamento e, por extensão, o próprio regime democrático".[10]

Portanto, assentar a possibilidade de incidência – de maneira genérica – do ICMS sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados em razão de sua natureza encontra dificuldades materiais, bem como uma série de obstáculos de ordem técnica, inerentes ao próprio comércio eletrônico, conforme observou André Portella, veiculando os seguintes exemplos: [i] a classificação dos produtos telemáticos em bens ou serviços, para fins de determinação do seu regime jurídico; [ii] a determinação da natureza jurídica do *software* como obra de arte, científica ou técnica (imunidade do livro eletrônico); [iii] o estabelecimento da natureza jurídica da internet enquanto serviço de comunicação ou de informação, para fins de incidência de ICMS ou ISS, respectivamente; e [iv] a identificação do estabelecimento onde ocorreu o fato gerador e do consumidor final.[11]

Acrescento, ainda, a esse rol, o problema da eventual repartição de receitas nas vendas interestaduais de mercadorias (art. 155, § 2º, VII e VIII, da Constituição).

O voto divergente, ademais, apoia-se em questões que estão a merecer uma reflexão mais aprofundada por parte desta Corte, a qual, a meu ver, deve ficar reservada ao exame do mérito desta ação direta de inconstitucionalidade, com destaque para as seguintes questões: [i] saber se o programa de computador adquirido por meio de transferência eletrônica de dados enquadra-se no conceito de bem incorpóreo ou de mercadoria, para fins de incidência do ICMS; e [ii] determinar se é possível, no caso de optar-se pela primeira alternativa, a incidência do referido imposto sobre bens incorpóreos.

Desse modo, não obstante os ponderáveis e inovadores argumentos lançados no voto divergente, como estamos ainda em sede de cognição sumária, concluo, com amparo na doutrina e na orientação jurisprudencial desta Suprema Corte,[12] que existem fundamentos aptos a solucionar a questão, *in limine*, nos termos propostos pelo Ministro Relator.

Isso posto, acompanho o Relator para, na questão suscitada no voto-vista, também **deferir em parte** o pedido de cautelar de modo a suspender a eficácia da expressão "ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados", do inciso VI do § 1º do art. 2º do diploma impugnado, e conferir, à primeira parte desse mesmo dispositivo, interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, fixando exegese no sentido de restringir a incidência do ICMS às operações

---

[10] Ob. cit., p. 272.

[11] Cf. PORTELLA, André Alves. Facturas electrónicas y declaraciones telemáticas: la liquidación de los tributos por internet. Impuestos. *Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudência*, v. 21, Madri, 2003. p. 16-58; PORTELLA, André Alves. *Controle tributário do comércio eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 60-106.

[12] RE 176.626/SP, RE 191.454/SP, RE 191.732/SP, todos de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence; RE 199.464/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 285.870-AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau.

de circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo, porém, o licenciamento ou cessão de uso dos ditos programas, e **indefiro** o pedido quanto ao § 6º do art. 6º da Lei 7.098/1998 do Estado de Mato Grosso, sem prejuízo de melhor refletir sobre o tema constitucional de fundo quando do julgamento de mérito desta ação.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, ainda há mais um aspecto: o art. 146 da Constituição Federal remete a definição do fato gerador a lei complementar. Versa matéria que deve ser tratada no território brasileiro e não de forma setorizada, considerada esta ou aquela unidade da Federação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pontual.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por outro lado, há um dado que precisa ser considerado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A LC 87/1996, que é a lei exigida pelo art. 146 – complementar à Constituição Federal, portanto uma lei federal –, não aborda esse fato gerador.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Na verdade, o Relator – e agora também o voto do Ministro Ricardo Lewandowski – está excluindo apenas aquilo que não se enquadra no conceito de mercadoria. Pela interpretação conforme, está permitindo que aquilo que corresponda ao conceito de mercadoria é tributável.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esse dado é fundamental. O figurino pressupõe operação de circulação de mercadoria. Daí a interpretação conforme preconizada pelo Ministro Octavio Gallotti.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, há um dado interessante aqui – teremos uma discussão –, é um caso interessantíssimo, em todas as suas dimensões, porque mostra que a mudança, na realidade, afeta ou pode afetar a interpretação.

Esse debate já foi colocado, conforme destacava o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em relação aos livros e, agora, aos *e-books* e tudo o mais, pois gozam da mesma imunidade que se assegura aos livros, ao papel, mas aqui isso fica evidente.

Não faz muito – eu comentava há pouco com o Ministro Marco Aurélio – um pequeno produtor de CDs de música, uma pequena produtora, alguém responsável por isso, comentava que esse negócio está desaparecendo e, fundamentalmente, a produção de CDs está desaparecendo graças a essa atividade da

internet. Então, dizia ele, a não ser que haja as encomendas para fim de ano e para ocasiões etc., as pequenas produtoras desaparecem, e também as grandes estão enfrentando grandes dificuldades.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É fácil baixar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Logo, a ideia de comercialização ou circulação passa a ocorrer por via eletrônica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não deixa de ser comércio, essa que é a importância.

O Sr. Ministro Ayres Britto: *On-line*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E tanto é que temos, hoje, a discussão sobre o comércio na internet, que está assumindo inclusive no que diz respeito a esses objetos eletrônicos.

Entendo a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, que tem toda a densidade, mas há um constrangimento que decorre dessa nossa forma de atuação: essa liminar, como vimos, começou a ser julgada já faz alguns anos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Onze anos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Em 1999.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Onze anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E, portanto, esse tributo está sendo cobrado tal como concebido. Mas entendo – o Ministro Marco Aurélio fazia essa ponderação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A liminar não terá eficácia retroativa!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não terá. Mas, de qualquer forma, essa lei presume-se constitucional já por uns dez anos, porque é de 1999, e aí vamos ter essa decisão que nos leva quase que a emitir um juízo de mérito.

Temos aquela outra jurisprudência, que teria de ser adaptada a este caso, dizendo que, quando a impugnação ocorre a destempo ou com certo retardo, não se deve, em princípio, fazer o deferimento da liminar porque a conveniência política, o *periculum in mora*...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A lei é de 1998.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A lei é de 98.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A ação deve ter sido ajuizada imediatamente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: A impugnação foi imediata.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A impugnação foi imediata. Mas digo, no caso é imputável ao funcionamento do sistema a solução, tanto é que tivemos aí sucessão de Ministros e tudo mais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acaba surgindo uma guerra fiscal na contramão, prejudicial ao Estado, que editou a lei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É uma ironia. Nessa linha, Senhor Presidente, vou pedir vênia para também acompanhar o eminente Ministro Nelson Jobim, não só pelas razões expendidas, mas, também, por essas razões de conveniência política.

Penso que temos realmente que discutir esse tema, porque é extremamente delicado, sob pena de, em algumas áreas, desaparecer inclusive o objeto da cobrança do ICMS, porque é disso que se fala.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu temo, Ministro Gilmar Mendes, com todo o respeito pelas ponderações de Vossa Excelência, é que outros Estados sigam o exemplo e comecem a taxar esse importantíssimo comércio, inclusive no que tange ao direito autoral, que é importantíssimo, que é o direito, como disse aqui um dos Ministros, sob o qual se funda o progresso da humanidade. Em outras palavras, na medida em que indeferimos a liminar, estaremos incentivando outros Estados a seguirem o mesmo caminho.

Parece-me que a objeção do Ministro Marco Aurélio foi extremamente pertinente, e diria, até, que a objeção de Sua Excelência é muito mais forte do que todas as ponderações que fiz, porque, realmente, sem lei complementar que evite a guerra fiscal, que uniformize, harmonize as normas nesse aspecto, realmente teremos uma situação de caos no que tange à cobrança desse tributo sobre o *software*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O caso é realmente delicado. Agora, vamos reconhecer que essa lei está em vigor, ou por fás ou por nefas, por algo em torno de doze anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas diria: aliviemos doravante os contribuintes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E há esse risco, para o qual eu insisto em chamar a atenção, da possibilidade – certamente depois poderemos fazer retratos mais específicos – de que determinado objeto de tributação desapareça por completo, como está acontecendo exatamente nessa área dos CDs, discos e coisas assim, e venha a ser substituído por tipo de transferência eletrônica. Já sabemos disso com a técnica, hoje, de fazer-se o *download*. Tanto é que já se faz esse tipo de pagamento regular por internet, com cartão de crédito e tudo mais.

Então, corremos o risco, também, de esvaziamento de uma base tributária que é importante para o Estado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Com a internetização isso se tornou normal, corriqueiro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossas Excelências me permitem?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso o Ministro Nelson Jobim falou: "Isso também é circulação". E veja, aqui é um caso notório. Chamo a atenção,

de novo, no plano da hermenêutica, em que a mudança na realidade afeta a interpretação do texto constitucional de alguma forma, ou vai afetar ou poderá afetar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O próprio substantivo circulação passa a ganhar um sentido novo. A internetização da vida leva à proliferação dos negócios via *on-line*.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Penso que a liminar deferida pelo Ministro Gallotti ou nos termos em que foi deferida é extremamente cautelosa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi cuidadosa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Foi muito cuidadosa porque, na verdade, a massa, o grosso das operações serão taxadas. São exatamente aqueles *softwares* de prateleira, aquilo que é fornecido em massa, o que é objeto de reproduções. Num primeiro momento, o que se protege é a propriedade intelectual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas há uma coisa grave aqui nesta liminar. Realmente, ainda não consegui alcançar a razão de suspender a expressão "ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados". Na verdade está o quê? Suspendendo a previsão de um outro ambiente de concretização de operação, isto é, está-se reconhecendo que é possível haver operação mercantil sujeita à tributação, mas se suspende quando ela é realizada por via eletrônica. E qual é o problema? Em vez de se comprar da prateleira, compra-se por transferência eletrônica. É a mesma coisa. Isto é, se está na prateleira, e se compra na prateleira; e se se compra por pedido eletrônico, é a mesma coisa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Tem razão. Nesses onze anos, esse comércio evoluiu muito.

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

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Talvez essa expressão possa ser reformulada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro Peluso, a mercadoria é entregue fisicamente em sua casa, mas o *software* é comercializado via *on-line*, quer dizer, em linha de princípio, com todas as vênias, não afastaria o conceito mercadoria e, portanto, a incidência do ICMS.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em vez de comprar um CD e instalar na máquina; entra na internet, compra e transfere diretamente para a máquina. Em ambos os casos, a operação mercantil está caracterizada.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu gostaria de externar o meu voto.

Voto também, pedindo vênia ao Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando o voto do Ministro Nelson Jobim.

É realmente impressionante como evoluem a tecnologia e o tempo.

No pronunciamento feito em Plenário, quando pediu vista, em 19-4-1999, o Ministro **Nelson Jobim** disse exatamente que não haveria distinção entre o fato de uma pessoa ir até a uma loja, a uma livraria, e comprar o produto na prateleira e o fato de comprá-lo via *download*; ele até fez a seguinte menção:

> E como isso é transferido para o seu disco rígido do seu computador? Pelo sistema que eles denominam *download*, ou seja, acessa, depois de feitos todos os mecanismos, você autoriza, e o computador fica parado uns 10, 15 minutos, dependendo do tamanho do programa, (...).

A tecnologia já evoluiu tanto hoje que ninguém mais tem de esperar esses 10 ou 15 minutos: o *download* é praticamente imediato.

Em março de 2006, Sua Excelência trouxe ao Plenário o seu voto-vista, às vésperas de deixar esta Corte, que muito honrou. Colho do seu pronunciamento naquela oportunidade o seguinte:

> Programa de computador é código binário e, por isso, não corpóreo.
>
> O fato de ser ele transmitido por meio de um disquete, CD ou DVD não o transforma em alto material.
>
> Entretanto, a jurisprudência do Tribunal – no que está absolutamente correto – reconhece que é cabível o ICMS na aquisição de programas de computador.
>
> Ora, se o fato de ser bem incorpóreo fosse ressalva à incidência do ICMS, não poderia ser cobrado o imposto também da aquisição de programa de computador de prateleira.
>
> É que, nesse caso, o que se está adquirindo não é o disquete, o CD, o DVD, a caixa ou o livreto de manual, mas também e principalmente a mercadoria virtual gravada no instrumento de transmissão.
>
> Portanto, se o argumento é de que bem incorpóreo não pode ser objeto da incidência de ICMS, o argumento valeria também para o caso de bens incorpóreos vendidos por meio de bens materiais.
>
> Haveria uma clara contradição da jurisprudência do STF.
>
> Por todo o exposto, indefiro a cautelar nesse ponto para entender que o ICMS pode incidir sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados, julgando assim, em sede liminar, pela constitucionalidade dos art. 2º, § 1º, VI; e art. 6º, § 6º, da Constituição.

Senhor Presidente, acompanho esse voto e agrego também o que trouxe o Ministro **Gilmar Mendes**.

Passado já tanto tempo de aplicação dessa lei presumidamente constitucional, cujo tema é tão importante e digno de reflexão, e considerando que a cautelar, para ser concedida, tem de ter uma forte plausibilidade da procedência da tese jurídica, entendo que é melhor nós refletirmos com maior profundidade quando do julgamento do mérito da questão.

Por isso, vou pedir vênia ao Ministro **Ricardo Lewandowski** e acompanhar o eminente Ministro **Nelson Jobim**.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu quero assinar, subscrever o que o Ministro Dias Toffoli disse. Faço isso com grande prazer intelectual. Eu tinha até imaginado dizer algumas coisas a respeito desse tema. Lavou a minha alma ouvir o Ministro Gilmar Mendes dizer que a realidade altera o significado dos textos. Passei seis anos nesta Corte tentando dizer isto: o movimento da vida e da realidade é que dá o significado normativo dos textos.

No mais, a prudência recomenda, no meu modo de ver, com as vênias de estilo, exatamente o que o Ministro Dias Toffoli observava. Vossa Excelência hoje se expressou com a prudência que me parece adequada, bastante e suficiente.

Acompanho o voto do Ministro Jobim.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu quero, antes de tudo, louvar o voto do Ministro Lewandowski, excelente, bem estudado, criterioso, mas também vou discordar de Sua Excelência. Estou raciocinando como raciocinou o Ministro Gilmar Mendes: eraclitianamente. O ser das coisas é o movimento, e as palavras, para efeito de movimento, são coisas. Hoje temos uma realidade virtual, isso é tão verdadeiro que a própria expressão "realidade virtual" é paradoxal; seria paradoxal há dez anos, porque virtual era o oposto de real. E hoje já falamos de realidade virtual eliminando toda e qualquer contradição.

Então, eu também peço vênia ao Ministro Lewandowski.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, permita-me um pequeníssimo esclarecimento. Eu estou completamente de acordo com as ponderações feitas pelos eminentes Ministros Gilmar, Toffoli, Eros Grau, e agora pelo Ministro Ayres Britto. Na verdade o que esta liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro Gallotti, está fazendo é uma distinção. Ela libera a incidência do ICMS sobre os programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo licenciamento ou cessão de uso dos ditos programas. Ou seja, está protegendo a propriedade intelectual, pelo menos num primeiro momento. Até porque nós não fizemos ainda uma distinção clara, no caso, se se trata de serviço ou de circulação de mercadorias.

Então o Tribunal ainda está a dever essa definição e ela só pode ser feita no mérito.

Compreendo a ponderação do eminente Ministro Peluso. Eu até estaria disposto a avançar um pouquinho, de modo a não suspender a eficácia da expressão "ainda que realizada por transferência eletrônica de dados". Até aí eu caminharia.

O que significaria isso? Nós liberaríamos a cobrança do ICMS sobre os programas que são feitos em série e mesmo os vendidos *on-line*, não há problema, mas protegemos, num primeiro momento, o direito autoral.

Agora, existe esta barreira, que me parece intransponível, levantada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, que é a questão da exigência da lei complementar.

São as ponderações que faço. Estou de acordo, entendo que a realidade mudou; entendo que se deve tributar essa operação, mesmo que feita *on-line*, através da internet, mas penso que talvez seja o momento de protegermos, pelo menos liminarmente, cautelarmente, enquanto não houver uma definição da Corte sobre a natureza desse produto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, volto à Constituição Federal, ao disposto no art. 146, no que, mediante a alínea *a* do inciso III, remete a fixação de fatos geradores à lei complementar. A lei complementar à Constituição Federal, evidentemente, não é lei de unidade da Federação, do Estado, mas federal.

Dir-se-á: tem-se a problemática da energia elétrica. Mas, quanto à energia elétrica, o próprio constituinte de 1988 versou a matéria. Tratou de forma específica porque, a rigor, a rigor, não se poderia cogitar de circulação de mercadoria e de operação de circulação de mercadoria.

Creio que o Ministro Octavio Gallotti se pronunciou, no campo acautelador, de forma cuidadosa para afastar o que não compreendido pela LC Federal 87, creio que de 1996, e apenas permitir a incidência – aludiu Sua Excelência "à circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializar no varejo" – sobre essas mercadorias, porquanto são mercadorias propriamente ditas. Não há algo fronteiriço, presente a atuação intelectual e a mercadoria como contemplado no figurino do tributo, como contemplado no art. 155 da Carta Federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Desde que Vossa Excelência adira. Não, permito mesmo para ouvir opinião contrária.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O substantivo "circulação", ele é que exige do intérprete um novo olhar hermenêutico. Porque a mercadoria circula, só que circula virtualmente. Não podemos ver a mercadoria circulando. Cuida-se de circulação virtual de mercadoria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois é. Para haver essa incidência, Ministro, se formos à LC 87/1996, art. 2º, I, veremos que, no tocante a algo muito mais favorável, a lei se mostrou explícita. Refiro-me a "operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive [e foi] o fornecimento de alimentação e bebidas em

bares [porque há o serviço concomitante à entrega da mercadoria], restaurantes e estabelecimentos similares".

Então, a base maior do meu voto é a necessidade de uma lei complementar, ou seja, de um aditamento à LC 87, de 1996, já que não se pode classificar o que previsto na lei do Estado de Mato Grosso como mercadoria propriamente dita que verse o tema.

Por isso, Presidente, peço vênia àqueles que divergem. A divergência foi iniciada pelo Ministro Nelson Jobim. Diria mesmo que não posso, em uma quadra de fúria arrecadadora, colocar em segundo plano franquias previstas constitucionalmente que visam a beneficiar o contribuinte. Refiro-me à exigência de lei complementar.

Acompanho o pronunciamento do Ministro Octavio Gallotti. Defiro nos termos do voto de Sua Excelência, ou seja, defiro a liminar, em parte, como o fez o Relator originário, Ministro Octavio Gallotti.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vou pedir vênia a todos os brilhantes votos que acompanharam o eminente Relator, para acompanhar a divergência e indeferir a medida liminar, baseado no seguinte. É possível distinguir – não apenas em relação ao tema em pauta, mas a qualquer outro, até quanto aos livros é possível – entre a operação intelectual e os direitos derivados da operação intelectual, como bens incorpóreos, e os produtos resultantes dessas operações intelectuais, tais como livro, programa de computador, etc. São duas coisas absolutamente discerníveis, não apenas do ponto de vista prático, mas do ponto de vista jurídico. Uma coisa é a criação intelectual, o direito intelectual, como bem incorpóreo; outra são os produtos de certo modo físicos, que alguns chamam de corpos mecânicos, ou coisa semelhante. Estes últimos são susceptíveis de tráfico jurídico como mercadoria, assim como qualquer outro produto.

E a ressalva aqui, a única que me parecia adequada ao caso, feita pelo eminente Ministro Relator Octavio Gallotti, já está pressuposta na própria definição de mercadoria: se não há transferência de mercadoria, isto é, se é mera prestação de serviço, não está o ato sujeito a imposto, porque, por definição, não o está.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Essa ressalva que Vossa Excelência está fazendo é muito importante, como *obter dictum*, mas é isto mesmo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O imposto recai sobre aquilo que é, característica e tipicamente, transferência de propriedade de mercadoria. O resto, licenciamento, etc., são serviços que não estão sujeitos a esse imposto.

De modo que, com base nesses dados e nesses argumentos, peço vênia à divergência e indefiro a liminar.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.945-MC/MT — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMBD (Advogados: Vania Kirzner e outros). Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a liminar, contra os votos dos Ministros Ocatvio Gallotti (Relator), Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Não votaram as Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie por sucederem, respectivamente, aos Ministros Nelson Jobim e Octavio Gallotti. 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, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 26 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.650 — DF

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional — *Amicus curiae*: Instituto Pró-Estado de Carajás – IPEC

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º da Lei 9.709/1998. Alegada violação do art. 18, § 3º, da Constituição. Desmembramento de Estado-membro e Município. Plebiscito. Âmbito de consulta. Interpretação da expressão "população diretamente interessada". População da área desmembranda e da área remanescente. Alteração da EC 15/1996: esclarecimento do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de Municípios. Interpretação sistemática. Aplicação de requisitos análogos para o desmembramento de Estados. Ausência de violação dos princípios da soberania popular e da cidadania. Constitucionalidade do dispositivo legal. Improcedência do pedido.

1. Após a alteração promovida pela EC 15/1996, a Constituição explicitou o alcance do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de Municípios e, portanto, o significado da expressão "populações diretamente interessadas", contida na redação originária do § 4º do art. 18 da Constituição, no sentido de ser necessária a consulta a toda a população afetada pela modificação territorial, o que, no caso de desmembramento, deve envolver tanto a população do território a ser desmembrado, quanto a do território remanescente. Esse sempre foi o real sentido da exigência constitucional – a nova redação conferida pela emenda, do mesmo modo que o art. 7º da Lei 9.709/1998, apenas tornou explícito um conteúdo já presente na norma originária.

2. A utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de Estados-membros e de Municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um Estado do que para o desmembramento de um Município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da Federação. O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Esse objetivo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo

"população diretamente interessada" o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do Estado-membro ou do Município, e não apenas a população da área a ser desmembrada.

3. A realização de plebiscito abrangendo toda a população do ente a ser desmembrado não fere os princípios da soberania popular e da cidadania. O que parece afrontá-los é a própria vedação à realização do plebiscito na área como um todo. Negar à população do território remanescente o direito de participar da decisão de desmembramento de seu Estado restringe esse direito a apenas alguns cidadãos, em detrimento do princípio da isonomia, pilar de um Estado Democrático de Direito.

4. Sendo o desmembramento uma divisão territorial, uma separação, com o desfalque de parte do território e de parte da sua população, não há como excluir da consulta plebiscitária os interesses da população da área remanescente, população essa que também será inevitavelmente afetada. O desmembramento dos entes federativos, além de reduzir seu espaço territorial e sua população, pode resultar, ainda, na cisão da unidade sociocultural, econômica e financeira do Estado, razão pela qual a vontade da população do território remanescente não deve ser desconsiderada, nem deve ser essa população rotulada como indiretamente interessada. Indiretamente interessada – e, por isso, consultada apenas indiretamente, via seus representantes eleitos no Congresso Nacional – é a população dos demais Estados da Federação, uma vez que a redefinição territorial de determinado Estado-membro interessa não apenas ao respectivo ente federativo, mas a todo o Estado Federal.

5. O art. 7º da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, conferiu adequada interpretação ao art. 18, § 3º, da Constituição, sendo, portanto, plenamente compatível com os postulados da Carta Republicana. A previsão normativa concorre para concretizar, com plenitude, o princípio da soberania popular, da cidadania e da autonomia dos Estados-membros. Dessa forma, contribui para que o povo exerça suas prerrogativas de cidadania e de autogoverno de maneira bem mais enfática.

6. Ação direta julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação direta.

Brasília, 24 de agosto de 2011 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, em 15 de maio de 2002, tendo por objeto a primeira parte do art. 7º da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, pretendendo fixar a interpretação do termo "população diretamente interessada" como "aquela que tem domicílio na área desmembranda".

Eis o teor do art. 7º da Lei 9.709/1998:

> Art. 7º **Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento**; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

Sustenta a autora que a definição de "população diretamente interessada" conferida pelo dispositivo impugnado afronta o significado já fixado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 478/SP e 733/MG, além de violar o art. 18, § 3º, da Constituição Federal, a soberania popular (arts. 1º, *caput*, e 14, CF/1988) e o exercício da cidadania (art. 1º, II, CF/1988), obstruindo o desmembramento de Estados-membros por exigir a manifestação da população da área remanescente que "não quer a separação".

Para a requerente, o exame lógico das três modalidades de redivisão territorial (incorporação, subdivisão e desmembramento) leva a concluir que se, na primeira, a população a ser ouvida é a dos Estados a se unirem (pois serão as populações do novo Estado) e, na segunda, a do Estado cujas regiões vão se dividir em duas ou mais (pois serão as populações dos novos Estados), no desmembramento deve ser apenas a população da área a se desmembrar, pois essa é que será a população do novo Estado.

Defende, ademais, que, se com a EC 15/1996, os Congressistas tiveram a "oportunidade de inserir no § 3º citado a mesma alteração feita no § 4º" do art. 18 da Carta Magna e não o fizeram, foi porque pretenderam diferenciar as situações referidas em cada um deles, de modo que, no caso dos Municípios, o plebiscito deve envolver as "populações dos Municípios envolvidos", diversamente do caso dos Estados, em que deverá envolver apenas a "população diretamente interessada", ou seja, apenas a população da parte desmembranda.

Por fim, alude à existência de vício formal, já que o art. 7º da Lei 9.709 teria promovido "alteração" da norma constitucional por "via ordinária".

Ao final, requer, então, a declaração de inconstitucionalidade da primeira parte do art. 7º da Lei federal 9.709/1998, "para que a interpretação correta do termo 'população diretamente interessada' contida no § 3º do art. 18 da CF signifique apenas aquela que tem domicílio na área desmembranda" (fl. 27).

O então Relator, Ministro **Sepúlveda Pertence**, aplicou o art. 12 da Lei 9.868/1999 (fl. 40).

Em suas informações, o Presidente da República (fls. 48/70) manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta. Primeiramente, em virtude da inépcia da inicial, por conta da incongruência entre a fundamentação e o pedido, uma vez que o pedido é pela inconstitucionalidade da primeira parte do art. 7º da Lei 9.709/1998, enquanto a fundamentação dirige-se tão somente à parte do dispositivo relacionada ao desmembramento de Estados. Em segundo lugar, em razão da ausência de procuração com poderes específicos nos autos.

No mérito, pugna pela improcedência do pedido. Sustenta que os precedentes invocados pela autora são impertinentes, primeiro por não representarem entendimento unânime; segundo por se referirem ao desmembramento de Municípios e não de Estados-membros; e por último em razão de terem sido formados em atenção à disposição constitucional que não mais vigora, tendo sido alterada pela EC 15, de 12 de setembro de 1996. Tampouco haveria, segundo o Presidente da República, violação à soberania popular ou ao exercício da cidadania, por haver "uma multiplicidade de interesses que não podem ser atribuídos, exclusivamente, à população da área que pretende desmembrar-se" (fl. 61), não podendo ser admitida uma "assimetria entre a população da área que pretende desmembrar-se e a população da área remanescente" (fl. 62).

Quanto à inconstitucionalidade formal, defende o requerido que "a lei impugnada não conferiu 'novo comando' ao § 3º do art. 18. Ao contrário, limitou-se a explicitar um significado já contido no texto constitucional. Verificou-se, no caso, o exercício de uma típica atividade legislativa, qual seja a concretização das normas constitucionais" (fl. 68).

O Procurador-Geral da República (fls. 194/199), por sua vez, opinou pelo não conhecimento da ação por falta de procuração específica e, no mérito, pela procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "4º e" constante do art. 7º da Lei 9.709/1998.

Juntou o requerente, às fls. 202/203, nova procuração, dela constando poderes específicos para promover a presente ação.

Às fls. 206/322, foram juntados os pareceres do Relator e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e do substitutivo da Câmara dos Deputados que deu origem à Lei 9.709/1998, encaminhados por determinação do Presidente do Congresso com vistas à instrução da presente ação direta.

Em 28 de outubro de 2009, o feito foi redistribuído à minha relatoria, em substituição ao saudoso Ministro **Menezes Direito**.

Verificando a ausência de manifestação nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, determinei a abertura de vista ao Advogado-Geral da União e, em seguida, novamente ao Procurador-Geral da República (fl. 339).

Nesses termos, o Advogado-Geral da União manifestou-se pelo conhecimento parcial da ação direta, em virtude da ausência parcial de fundamentação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República reportou-se às razões já deduzidas no parecer de fls. 194/199, no sentido da procedência parcial do pedido.

Constam nos autos várias petições do requerente pleiteando urgência na apreciação da ação e referindo-se à pretendida criação do Estado de Tapajós.

É o relatório.

Junte-se aos autos e distribua-se cópia aos Ministros (art. 9º da Lei 9.868/1999 e art. 172 do RISTF).

A julgamento pelo Plenário.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): De início, entendo configurado, na espécie, o **requisito da pertinência temática**, eis que impugnado pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás dispositivo legal que vincula os procedimentos que devem ser adotados pelos Estados-membros e pelos Municípios nos casos de consultas plebiscitárias para criação, fusão ou desmembramento de Estados.

Tendo havido a juntada de nova procuração, contendo poderes específicos, resta **prejudicada a preliminar acerca da regularização da representação**, uma vez que sanada a irregularidade.

Ademais, deve ser superada a preliminar de conhecimento parcial da ação arguida pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República. Embora a autora tenha feito referência apenas ao processo de desmembramento dos Estados, os argumentos são comuns aos Municípios, não havendo, portanto, desatendimento ao disposto no art. 3º, I, da Lei 9.868/1999.

Passo, então, ao exame do mérito da causa.

Afasto, de início, a alegada inconstitucionalidade formal. Segundo a autora, o art. 7º da Lei 9.709 teria promovido "alteração" da norma constitucional pela "via ordinária", quando somente emenda constitucional poderia dar novo comando ao § 3º do art. 18 da Constituição.

Ora, a Lei 9.709/1998 propõe-se a regulamentar o art. 14 da Constituição, que assim dispõe:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **nos termos da lei**, mediante:
> I – plebiscito;
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Como se vê, a Carta Magna faz referência expressa à regulamentação pela via legislativa ordinária para o exercício da soberania popular direta. Esse é precisamente o caso do plebiscito, previsto no art. 18 da Constituição Federal.

Nesses termos, a explicitação da abrangência do plebiscito em caso de desmembramento não se confunde com uma "alteração via lei ordinária", como quer a requerente. Trata-se, como bem apontado nas informações do Presidente da República, de **processo de concretização da norma constitucional** com o qual se visa explicitar significado de expressão já contido no âmbito normativo do art. 18, § 3º, da Carta Magna.

Com efeito, como será demonstrado a seguir, a lei questionada não conferiu "novo comando" ao § 3º do art. 18 da Carta Federal, limitando-se a explicitar significado já contido no próprio texto constitucional. Trata-se de típico caso de abertura vertical da Constituição, expressão que designa o caráter geral e indeterminado de certas normas constitucionais que, "por isso mesmo, se 'abrem' à mediação legislativa concretizadora" (GOMES CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 194).

Assim sendo, não procede a alegação de existência de vício de natureza formal relativo à norma impugnada.

Quanto aos vícios de inconstitucionalidade material apontados pela autora, desde logo, adianto não julgá-los presentes.

Destaco a ausência de precedentes jurisprudenciais acerca dos requisitos de formação de novos Estados-membros, mas esta Corte já teve a oportunidade de apreciar diversos temas relacionados à criação ou ao desmembramento de **Municípios** durante a vigência da Constituição Federal, seja sob a redação original do art. 18, § 4º, seja sob a redação conferida pela EC 15/1996.

Já se discutiu, por exemplo, se a lei criadora de Município seria passível de controle abstrato (ADI 2.381-MC/RS, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 14-12-2001); se a revogação ou a alteração de lei de criação de Município configuraria fusão, pelo que necessária a observância dos requisitos constitucionais (ADI 1.262/TO, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 12-12-1997 e ADI 1.881/AL, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 15-6-2007); se a mera redefinição de limites territoriais dispensaria o procedimento exigido pela Constituição (ADI 2.994/BA, *DJ* de 4-6-2004, e ADI 3.615/PB, *DJ* de 9-3-2007, ambas de relatoria da Min. **Ellen Gracie**); se pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações poderiam substituir a consulta plebiscitária (idem); além de já se ter constatado o cabal desprezo à consulta plebiscitária nos processos de redefinição de Municípios (ADI 468-MC/PR, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 16-4-1993; ADI 2.812/RS, Rel. Min. **Carlos Veloso**, *DJ* de 28-11-2003; ADI 2.632/BA, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 12-3-2004, ADI 2.967/BA, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 19-3-2004, e ADI 3.149/SC, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 1-4-2005).

O Tribunal, impressionado, ao mesmo tempo, com a inobservância da norma constitucional e com a permanência do vácuo legal acarretado pela

não edição da lei complementar federal a que faz referência o art. 18, § 4º, da Constituição, chegou a declarar a inconstitucionalidade de leis criadoras de Municípios, sem, no entanto, proscrevê-las à imediata nulidade (ADIs 3.489/SC, 2.240/BA, 3.316/MT e 3.689/PA, todas de relatoria do Ministro **Eros Grau**). Por fim, acolheu o pedido na ADI 3.682/MT (Rel. Min. **Gilmar Mendes**), declarando "o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição".

Nesse ponto, é importante destacar que a solução adotada, por ora, pelo Congresso Nacional foi a aprovação da EC 57, de 2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT, convalidando os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Nesse fluxo de ideias, diante da nova situação jurídica, esta Corte tem julgado prejudicadas as ações diretas de inconstitucionalidade que versam sobre o tema quando as normas impugnadas atendem aos requisitos da EC 57/2008 (Cf. ADI 3.097/SC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 28-8-2009; ADI 3.018/MS, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 9-12-2009; ADI 3.524/SC, Rel. Min. **Dias Toffoli**, *DJ* de 10-2-2011; ADI 2.381-AgR /RS, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 24-3-2011; ADI 3.699/MT, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 15-4-2011).

Por seu turno, o significado do termo "população diretamente interessada" somente foi apreciado, na vigência da Constituição de 1988, em poucas oportunidades, e **sob a óptica do art. 18, § 3º, da Carta Magna, o qual versa sobre a criação e o desmembramento de Municípios, mas não de Estados-membros**. A mais destacada delas se deu quando do julgamento da ADI 733/MG, de relatoria do Ministro **Sepúlveda Pertence**, que é precisamente o paradigma citado na petição inicial. Não custa reproduzir trecho da respectiva ementa:

> *4. Município: criação: plebiscito: âmbito da consulta popular. O interesse jurídico do Município-mãe na preservação de sua integridade territorial e populacional e da unidade histórico-cultural do seu ambiente urbano cessa com a verificação dos pressupostos objetivos, sem a concorrência dos quais não é lícita sequer a realização do plebiscito; reunidos, porém, esses pressupostos e autorizado o plebiscito pela Assembleia Legislativa, diretamente interessada no objeto da consulta popular e apenas a população da área desmembrada, única portanto, a participar dela.*
> (*DJ* de 30-6-1995.)

Esse precedente, por sua vez, serviu de fundamento para o julgamento da ADI 478/SP, de relatoria do Ministro **Carlos Velloso**. **Vide**:

> *Constitucional. Municípios: criação: plebiscito: âmbito da consulta plebiscitária: CF, art. 18, § 4º. Distritos: criação, organização e supressão: competência: CF, art. 30, IV. Território do Município: adequado ordenamento: CF, art. 30, VIII.*
> I – **Criação de Municípios: consulta plebiscitária: diretamente interessada no objeto da consulta popular é apenas a população da área desmembrada.**

> **Somente esta, portanto, é que será chamada a participar do plebiscito. Precedente do STF: ADI 733/MG, Pertence, 17-6-1992, *DJ* 16-6-1995. Ressalva do ponto de vista pessoal do relator desta no sentido da necessidade de ser consultada a população de todo o Município e não apenas a população da área a ser desmembrada (voto vencido na ADI 733/MG**). Ação não conhecida, no ponto, tendo em vista a superveniência da EC 15, de 1996.
> (*DJ* de 28-2-1997.)

Os precedentes, por sua vez, amparam-se em precedentes firmados no Tribunal Superior Eleitoral (MS 690/DF, MS 942/RJ, MS 936/RJ e MS 1.479/RS), alguns deles anteriores à Carta de 1988.

Não é demais destacar, porém, que todas as decisões acima indicadas referem-se à criação ou ao desmembramento de **Municípios** – o que não é o caso dos autos – e que a decisão na ADI 733/MG, em particular, envolveu **o texto original do § 4º do art. 18 da Constituição, agora substituído pela EC 15/1996**. Desse modo, cuida-se de precedentes relativos à disposição constitucional que não mais se encontra em vigor.

Eis o teor da redação originária do § 4º do art. 18 da Constituição Federal:

> Art. 18. (...)
> § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de **consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.**

Com a nova redação, a sequência "populações diretamente interessadas" foi substituída por "populações dos Municípios envolvidos". **Vide**:

> Art. 18. (...)
> § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de **consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos**, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

No que se refere à criação ou ao desmembramento de Estados (art. 18, § 3º), a redação não foi alterada. O texto permanece com a menção à "população diretamente interessada":

> § 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da **população diretamente interessada**, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Para a Procuradoria-Geral da República, esse fato é significativo. Quer dizer o Ministério Público Federal que se o Tribunal dava à expressão "populações diretamente interessadas", no caso de desmembramento de Município, interpretação de que se tratava apenas da população da área a ser desmembrada,

deverá dar essa mesma interpretação à expressão "população diretamente interessada" no caso de desmembramento de Estado-membro.

Feito o registro, desde já afasto essa interpretação, seja porque é dirigida apenas ao caso dos Municípios, seja porque a jurisprudência da Corte é sempre passível de revisão, ainda mais com o passar do tempo – lembrem-se de que a última vez que o Tribunal apreciou essa questão foi em 1997.

Além disso, no meu sentir, houve **clara intenção da Constituição em fixar a necessidade de consulta a toda a população afetada pela alteração territorial**. Com efeito, diante da alteração promovida pela EC 15/1996, a conclusão a que chegou o Tribunal no julgamento da ADI 733/MG quanto ao significado do termo "populações diretamente interessadas", referente ao desmembramento de Municípios, **pode** não mais ser mais viável. Ressalte-se, a esse respeito, a ponderação que fez o Ministro **Sepúlveda Pertence** em seu voto na ADI 2.381-MC/RS:

> De qualquer sorte, seria de todo inaceitável – vigente a mudança constitucional que **passou a exigir consulta não apenas da população da área emancipanda, mas também a de todo o Município a ser desmembrado** – que, em 1999, se viesse a aproveitar o resultado de consulta plebiscitária adstrita aos distritos a desmembrar.

Igualmente entendeu o Ministro **Ilmar Galvão**, compondo o Tribunal Superior Eleitoral, no MS 2.664:

> É fora de dúvida, portanto, que, a partir de sua vigência, não há falar em criação de Município sem a aprovação do ato pelos eleitores, não apenas da área que irá constituir o novo Município, mas também do Município-matriz.
>
> Nesse ponto, uma das mais importantes alterações introduzidas pela novel norma, ao lado da exigência de estudos de viabilidade municipal.
>
> É certo que se trata de disposições que dificultaram sobremaneira, inviabilizando mesmo, a criação de novos Municípios. A solução do problema, entretanto, não está ao alcance do Poder Judiciário.

Com efeito, não mais deve subsistir a interpretação jurisprudencial anteriormente citada, a qual, com a devida vênia, **restringia a participação popular nessas consultas plebiscitárias e a magnitude desse importante processo democrático**, tendo, consequentemente, facilitado sobremaneira os excessos emancipacionistas que presenciamos após a Constituição de 1988, no que tange aos Municípios.

Talvez se esta Corte, mesmo antes da alteração promovida pela EC 15/1996, tivesse conferido essa interpretação à expressão "populações diretamente interessadas" contida no § 4º do art. 18 da Carta Federal, como já era defendido pelos eminentes Ministros **Carlos Velloso** e **Marco Aurélio** – aos quais rendo minhas homenagens –, a multiplicação indiscriminada de novos Municípios pelo País poderia ter sido evitada.

Ressalte-se que foi, exatamente, com o intuito de enfrentar esse problema que se alterou a redação desse dispositivo. Confira-se a Justificação da Proposta de Emenda à Constituição 22, de 1996:

> O aparecimento de um número elevado de Municípios novos, no País, tem chamado atenção para o caráter essencialmente eleitoreiro que envolve suas criações, fato este lamentável.
>
> Ao determinar a responsabilidade da criação de Municípios aos Estados, a Constituição Federal considerou corretamente as particularidades regionais a que devem obedecer os requisitos para a criação dos Municípios.
>
> Contudo, o texto do § 4º do art. 18 não apresentou as restrições necessárias ao consentimento dos abusos, hoje observado, e que não levam em conta os aspectos mais relevantes para a criação ou não de novos Municípios.
>
> (...)
>
> Acreditamos que, para dispor mais objetivamente sobre a questão, a Constituição Federal deveria ser mais incisiva na determinação de condições capazes de evitar, ao máximo, distorções que ameacem a transparência e o amadurecimento da decisão técnica e política.

Senhores Ministros, após a alteração promovida pela EC 15/1996, restou explícito na Constituição Federal o alcance da expressão "populações diretamente interessadas", ao determinar que **seja feita consulta a toda a população afetada pela modificação territorial**, o que, no caso de desmembramento, deve envolver tanto a do território a ser apartado, quanto a do território restante, nos exatos termos da definição contida no art. 7º da Lei 9.709/1998, ora questionado.

Em verdade, a mim me parece que não houve revisão do significado da expressão "populações diretamente interessadas" contida no texto original do § 4º do art. 18 da Constituição. **Esse sempre foi o real sentido da exigência constitucional**. A nova redação conferida pela emenda constitucional, do mesmo modo que o art. 7º da Lei 9.709/1998, apenas **tornou explícito um conteúdo já presente na norma originária**.

Conquanto esse conteúdo tenha sido **reforçado** somente na redação do § 4º do art. 18 da Lei Maior, ao contrário do que afirma a requerente, não vejo como se possa interpretar de forma diversa a expressão "população diretamente interessada" contida no § 3º do mesmo art. 18, relativa à alteração territorial dos Estados-membros.

Segundo a requerente, a presença de termos distintos para cada uma das hipóteses de desmembramento importaria na conclusão de que cada um teria um significado diverso: "populações dos Municípios envolvidos" significaria, para o caso do desmembramento de Município, tanto a população da área desmembranda quanto a população da área restante; enquanto "população diretamente interessada", para o caso do desmembramento de Estados-membros, significaria apenas a população da área desmembranda.

Mas tudo isso levaria a um importantíssimo **problema hermenêutico**: **como dar interpretação diversa a fenômenos ontologicamente semelhantes – desmembramento de Município e desmembramento de Estado? Por que razão para um se deva exigir a consulta às populações da área demembranda e da área restante e para outro apenas a consulta à população da área a ser desmembrada?**

Ficaria, então, o problema da divergência entre o processo de desmembramento de Estados e o processo de desmembramento de Municípios. A mim parece que esse tipo de problema deve ser evitado por intermédio de uma interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, **sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da Federação, conferindo-se maior facilidade para o desmembramento de um Estado do que para o desmembramento de um Município**, **o que a meu ver, Senhores Ministros, levaria a uma situação absurda**.

Entendo que o tema requer, portanto, para além de uma interpretação gramatical, uma **interpretação sistemática da Constituição**, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas.

Ora, conquanto, pela interpretação gramatical, pugnada pela autora, a procura pela coerência impediria o reconhecimento de um mesmo sentido em expressões diversas, esse não é o único método de interpretação. A ele se conjugam, como bem enumera Canotilho, os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da Constituição.

Destaco aqui, no presente caso, a seguinte lição de Canotilho acerca do princípio da unidade da Constituição:

> O **princípio da unidade da constituição** ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar condições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como "ponto de orientação", "guia de discussão" e "factor hermenêutico de decisão", o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.
> (**Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1096/1097.)

No presente caso, a meu ver, esse objetivo de unidade e de integração será alcançado por intermédio de interpretação que extraia da expressão "população diretamente interessada", constante do § 3º do art. 18 da Constituição, o significado de que, **para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do Estado-membro, e não apenas a população da área a ser desmembrada.**

Dedicando-me agora aos demais argumentos deduzidos pela requerente e já os rechaçando, não vislumbro como a realização de plebiscito abrangendo toda a população do ente a ser desmembrado possa ferir os **princípios da soberania popular e da cidadania**.

No meu sentir, o que parece afrontá-los é a própria vedação à realização do plebiscito em toda aquela área. Negar à população do território remanescente o direito de participar da decisão de desmembramento de seu Estado não é a melhor forma de respeitar a soberania popular, nem o exercício da cidadania por todos. Pelo contrário, é restringir esse direito a apenas alguns, em detrimento do princípio da isonomia, pilar de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que essa conclusão da autora decorre de presunção por ela assumida de que **a população da área remanescente nunca ou quase nunca será favorável ao desmembramento, o que obstruiria o desmembramento de Estados-membros**.

Desse entendimento também comungou o Ministro **Oscar Corrêa** quando do julgamento, no Tribunal Superior Eleitoral, do MS 690/DF, em 14-11-1985, portanto, **sob a égide da ordem constitucional anterior**:

> (...) Começo pela inconstitucionalidade. Quanto a essa matéria, o eminente Procurador-Geral Eleitoral já teve oportunidade de expor o pensamento do Supremo Tribunal Federal, que esta Corte acata, no sentido de que não há como pleitear a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 01/67, pelo fato de não ser consultada a população do Município matriz. É que, Senhor Presidente – **em argumento simples e muito mais pragmático do que técnico – a se consultarem as unidades matrizes, nunca se teria nenhuma emancipação de Município, por que, é óbvio, isto importaria não só na perda da própria categoria do *status* do Município, como na perda de consideráveis rendas patrimoniais, que o Município sofreria.** Em conclusão, não vislumbrando no ato atacado afronta às normas legais pertinentes, o parecer opina pelo indeferimento da segurança, por inexistir qualquer direito líquido e certo a ser ampara pelo *writ*.

Note-se que o conteúdo de tal argumento coincide com parte da fundamentação adotada pela requerente, quando sustenta que, com o desmembramento, "[a]penas uma (ou mais) partes do Estado quer a redivisão territorial. O restante do Estado não quer a separação. Apenas a população da região desmembranda é a diretamente interessada porque é ela que pleiteia poderes derivados-decorrentes da Constituição Federal para constituir uma nova unidade federativa. O ente remanescente não, pois ele, em vez de seu desmembramento, pleiteia pelo seu malogro (o que parece evidente, pois os Estados, de regra, não querem sofrer qualquer perda territorial)" (fl. 13).

Essa assertiva não possui qualquer respaldo jurídico que justifique a declaração de inconstitucionalidade da expressão impugnada. Trata-se de verdadeira tautologia. Somente é possível saber o que a população da área remanescente deseja mediante consulta a essa população, o que deve ser feito, precisamente, por meio de plebiscito.

Além disso, o "querer" ou o "não querer" da população num processo de divisão territorial não pode ter relevância na definição de qual é o alcance da expressão "população diretamente interessada".

Para tanto, o que importa é exclusivamente verificar **qual população será diretamente afetada com a divisão**, pois, também aqueles que são contrários ao desmembramento têm o **legítimo interesse e o direito de manifestar a sua vontade**, tanto quanto aqueles que são favoráveis. **Essa é a razão do plebiscito**. Na precisa definição de José Cretella Jr., em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, "[e]m nossos dias, plebiscito é a consulta ao povo para que este, mediante pronunciamento, **manifeste livremente sua opinião** sobre assunto de interesse relevante".

Ora, não há como simplesmente excluir da consulta plebiscitária, em virtude da simples pressuposição de que esta será contrária à divisão territorial, os interesses da população da área remanescente, população essa que também será inevitavelmente afetada pelo desmembramento.

Senhores Ministros, também não vejo como se possa admitir que, no caso de desmembramento, a população da área remanescente tenha apenas um **interesse indireto**.

Tratando-se o desmembramento de uma divisão territorial, de uma separação, com o desfalque de pedaço de seu território e de parte da sua população, **como afirmar que a parte interessada nessa separação é apenas a que se retira?** Então quer dizer que **a retirada da parte de um todo não interessa diretamente àquela parte remanescente?**

Restringir a consulta plebiscitária apenas à população da área a ser desmembrada é deixar de revelar a vontade de todos aqueles que sofrerão com os efeitos do desmembramento, privilegiando, apenas, uma fração desses. No meu entender, o desmembramento de um Estado da Federação afeta uma multiplicidade de interesses, que, como ressaltado pela Presidência da República, "não podem ser atribuídos, exclusivamente, à população da área que pretende desmembrar-se". Ainda de acordo com a Presidência da República:

> Não é difícil perceber a possibilidade de, numa divisão de territórios, a população da área remanescente ficar privada de eventuais benefícios decorrentes da exploração de certos bens localizados na área desmembrada. Do mesmo modo, não parece indiferente à população da área remanescente as implicações da nova divisão no que toca à arrecadação de tributos (tanto em relação à redefinição da riqueza tributável, quanto em relação à repartição das receitas tributárias da União), à prestação de serviços e ao número de representantes na Câmara dos Deputados. (Fl. 61.)

O desmembramento dos entes federativos, além de reduzir seu espaço territorial e sua população, pode resultar ainda na cisão da unidade sociocultural, econômica e financeira do Estado, razão pela qual a vontade da população do território remanescente não deve ser simplesmente desconsiderada.

Não há lógica em classificar esses aspectos com o rótulo de mero interesse indireto. Certamente, não se pode dizer, jamais, que diretamente interessada é somente a população da parte a ser desmembrada.

Isso foi, aliás, o que salientou o Ministro **Marco Aurélio**, ao firmar posição, à época minoritária, no julgamento da ADI 733 – relativo ao desmembramento de Municípios:

> Indaga-se: a população da área que, uma vez feito o desmembramento, será a área remanescente, não é diretamente interessada nesse desmembramento? A meu ver, sim. Não se tem como população interessada apenas a da área a ser desmembrada, devendo-se considerar, também, a população que remanescerá.
>
> Peço vênia, Senhor Presidente, para, no caso, concluir de forma diversa do voto do nobre Ministro Relator. A consulta há de se fazer, consideradas as populações das áreas envolvidas e não apenas à população da área a ser desmembrada. Este é o sentido, no meu ponto de vista, do § 4º do art. 18 da Constituição Federal, e tenho presente que o objetivo maior do preceito não é pulverizar os Municípios, não é incentivar a multiplicação de Municípios, mas atender à vontade soberana dos eleitores, das populações desses Municípios. Não posso desprezar parte dessas populações.

Igual posição foi firmada pelo Ministro **Carlos Velloso**, em voto vencido, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 478:

> Os fundamentos da inicial, que conduzem ao entendimento no sentido de que "populações diretamente interessadas", que participarão do plebiscito, são todos os munícipes, ou o conjunto total do eleitorado municipal, parecem-me relevantes. O advérbio "diretamente", posto no § 4º do art. 18 da Constituição, numa interpretação literal do referido texto, pode, na verdade, conduzir à interpretação preconizada no § 3º do art. 1º da LC 651/1990 do Estado de São Paulo. A interpretação literal, entretanto, não é interpretação, mas "mero pressuposto de interpretação", como lembram os representantes. Em linha de princípio, o interesse na incorporação, fusão ou desmembramento de Município é de todos os munícipes, por isso que "há uma unidade, um todo, em cuja preservação, manutenção e até desenvolvimento há interesse de todos e de cada cidadão", como acentuado na representação, mesmo porque a Constituição Federal estabelece que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento "preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano". Ora, essa continuidade e essa unidade histórico-cultural não há de interessar apenas à população da área emancipada, mas a todos os que habitam o território do Município. Assim parece ser, em linha de princípio.

No mesmo sentido, é a conclusão de Geraldo Ataliba:

> A interpretação sistemática também conduz à insuperável necessidade de serem ouvidas as populações, tanto do Município desmembrado quanto do futuro Município, resultante do desmembramento. Em outras palavras, toda a comunidade de vizinhos (já erigida em Município) é de ser consultada, quando essa unidade comunitária política e territorial, o Município, vai ser mutilado, para ensejar a criação de um novo.
>
> Na verdade, parece de toda evidência que também quem vai perder território, população, atribuições e renda, necessariamente deve ser ouvido, especialmente num regime constitucional que consagra que "todo poder emana do povo e em seu nome será exercido" (art. 1º, § 1º).
>
> O Município, nos termos da Constituição Federal – tal como plasmado na reiterada e persistente tradição do nosso direito – é uma unidade política incindível. O desmembramento dessa unidade – embora perfeitamente possível – entretanto,

há de ser feito mediante a ouvida de todos os interessados. Esta unidade não pode ser quebrada, sob pena de violação da sistemática constitucional e das prerrogativas que a Constituição coloca na pessoa jurídica do Município, mas são atributo do povo, são prerrogativas de povo, que se constitui em Município (este define-se como "associação de vizinhos", juridicamente).

Pode-se dizer que cada cidadão habitante do Município tem direito à integridade territorial daquele no qual habita, da mesma forma que tem direito, como todos os demais a ver o Município exercitar todos os atributos que a Constituição lhe confere, no art. 15.

(...)

Parece que essas considerações, mostram a violação, seja da Constituição Federal, seja do preceituado na Lei Complementar nacional 1, quando faz referência às populações como devendo ser ouvidas nesse plebiscito, o que força a entender que toda a população do Município atual deverá manifestar-se no plebiscito.

(Município – criação – desmembramento – plebiscito. **Revista de Direito Público**. n. 75, Ano XVIII, jul./set. 1985, p. 62/63.)

Assim, independentemente da alteração promovida pela EC 15/1996, tanto em relação ao desmembramento de Municípios como ao de Estados-membros, **"população diretamente interessada" deve ser entendida como a população tanto da área desmembranda como da área remanescente**.

Por sua vez, será **indiretamente interessada** – e, por isso, consultada apenas indiretamente, via seus representantes eleitos, por meio da aprovação do Congresso Nacional – a população dos demais Estados da Federação. Isso porque a redefinição territorial de determinado Estado-membro interessa não apenas ao respectivo ente federativo, mas a todo o Estado Federal.

Evidentemente, que essa interpretação **poderá dificultar o desmembramento de entes federados**. Contudo, em nenhum momento, a disciplina constitucional acerca do tema foi no sentido de facilitar casos de divisão territorial. Pelo contrário, em virtude da gravidade que representa a revisão das divisas territoriais dos entes da Federação, em especial dos Estados-membros – o que, inevitavelmente, implica a **revisão do próprio pacto federativo** –, a Constituição Federal admitiu, sim, essa possibilidade de redefinição, mas impôs, em contrapartida, rigoroso procedimento, que conjuga a manifestação pela Casa Legislativa estadual e a aprovação pela população diretamente interessada, em plebiscito, e pelo Congresso Nacional.

Confiram-se os dispositivos constitucionais que versam sobre essa questão:

Art. 18. (...)

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

(...)

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

VI – incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, **ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas**;

Ressalte-se que a Constituição de 1988 manteve-se fiel à tradição republicana brasileira de adotar a forma federativa de Estado e de possibilitar a redefinição territorial dos entes federativos, regulando, de forma especial, a criação de novos Estados, com a consequente alteração na estrutura territorial do Estado Federal.

Na Constituição de 1891 – que inaugurou a autorização de mudanças territoriais dos Estados –, o desmembramento ficava subordinado à "aquiescência das respectivas assembleias legislativas, em duas sessões anuais sucessivas, e aprovação do Congresso Nacional" (art. 4º).

Nesse ponto, destaco a visionária opinião de João Barbalho, em seus *Comentários à Constituição Federal brasileira de 1891*, que, naquela época, já defendia a necessidade de consulta plebiscitária:

> A reunião de dois ou mais Estados para constituir em um só (incorporação), a divisão de algum deles quer para anexação de uma parte do seu território ao de outro, quer para da porção separada formar-se um novo Estado, são operações políticas, que não só entendem com o direito dos cidadãos dos Estados a que acrescerem ou de que se desmembrarem partes ou que se reduzirem a um só, mas também interessam à União, de que eles são membros.
>
> Isto é óbvia razão para a exigência do consentimento dela e deles, como condição *sine qua* dessas operações. É uma consequência de se ter adotado um *regime democrático e federativo*.
>
> Há, em todos os casos deste artigo, a submissão de cidadãos, de povo, a autoridades a que antes não estavam sujeitos e também perda ou acréscimo de território. E isto envolve ato de soberania; pelo que, torna-se necessária manifestação afirmativa da vontade popular. Essa manifestação a Constituição proporcionou fosse feita por intermédio dos corpos legislativos dos Estados interessados, e pelo Congresso Federal.
>
> Mas se nisso entra em causa a sorte política dos indivíduos existentes nessas porções de território a desmembrar para agregar a outro ou para constituir novo Estado, parece que não bastam a aquiescência da legislatura do Estado a que eles pertencem e a homologação da União. A índole e essência do regime democrático não se compadece com essa mudança e separação de governo sem especial consulta aos mais interessados, sem a intervenção dos próprios habitantes do território que tem de passar a outra jurisdição.
>
> A autoridade que sobre eles tem o Estado a que pertencem não pode ir até esse ponto. O governo do Estado (e tampouco o da União) não pode dispor dos cidadãos e do território que eles habitam, como se fossem servos da gleba passando com o domínio da terra a novos senhores. Nada haveria mais absono dos princípios republicanos que essa espécie de *capitis minutio*. Por isso torna-se indispensável em tais casos, embora não exigido por expressa cláusula constitucional, o voto dos interessados, além da aquiescência dos parlamentos estadual e federal. Por lei ordinária se poderá prover (Const. Arts. 4 e 34, § 33 e § 34) quanto ao meio prático de verificar-se esse voto.

(**Constituição Federal brasileira, 1891**: comentada. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 16.)

A Constituição de 1934, conservando, em geral, os mesmos requisitos, exigiu, em seu art. 14, a "aquiescência das respectivas Assembleias Legislativas, em duas Legislaturas sucessivas e aprovação por lei federal".

A Carta de 1937, de forma semelhante, reproduziu o procedimento das previsões anteriores, mas inovou ao facultar ao Presidente da República a submissão da resolução do Parlamento Federal ao plebiscito das populações interessadas (art. 5º, parágrafo único).

Por sua vez, a Constituição de 1946 manteve a participação das respectivas Assembleias Legislativas e a aprovação do Congresso Nacional, mas acrescentou, como fase do processo, e não mais como mera faculdade, o "plebiscito das populações diretamente interessadas" (art. 2º). Nascia aqui, de fato, a exigência, agora indeclinável, da consulta direta da população a ser afetada por eventual alteração territorial de seu Estado.

A Constituição de 1967 e a EC 1/1969, retrocedendo às normatizações anteriores, limitaram-se a dispor que "[a] criação de novos Estados e Territórios dependerá de lei complementar", de forma que o procedimento de redefinição territorial dos entes federativos perdeu a condição de matéria constitucional. Raul Machado Horta tece as seguintes considerações acerca dessa desconstitucionalização:

> A Constituição de 1967 realizou substancial mudança no processo de alteração territorial e de criação do Estado. Os casos e o procedimento da alteração territorial, que receberam regras ampliativas na sucessão das Constituições anteriores, perderam a condição de matéria constitucional. Abreviou-se o complexo processo em regra simplificadora, dispondo que "a criação de novos Estados e Territórios dependerá de lei complementar". A desconstitucionalização converteu o Congresso Nacional, através da lei complementar, na via da legislação ordinária, em juiz derradeiro e único sobre alterações territoriais dos Estados. As Assembleias Legislativas perderam sua participação em matéria do direto interesse de cada uma delas. Suprimiu-se o plebiscito das populações diretamente interessadas, desqualificando a soberania popular. A alteração territorial, para os casos constitucionalmente previstos, que deflagrava processo complexo, envolvendo a participação sucessiva das Assembleias Legislativas, plebiscito das populações diretamente interessadas e ato legislativo do Congresso Nacional, reduziu-se ao comando centralizador da União, que impregnou a Constituição Federal de 1967 e nela inoculou elementos antifederativos. **A retirada do processo de criação dos Estados da norma constitucional para o domínio flexível da lei ordinária repercutiu na intensidade da criação de novas unidades da República Federativa.** Enquanto submetido à rigidez dos critérios da norma constitucional, em setenta e seis anos de vigência, apenas dois novos Estados foram acrescentados ao número originário de 1891 – o Estado da Guanabara, em virtude da mudança do Distrito Federal para Brasília, e o Estado do Acre, por elevação do respectivo Território, ambos na vigência da Constituição de 1946. A via mais plástica da lei complementar favoreceu a criação de novos Estados, em número superior ao verificado sob as Constituições anteriores. No período de catorze anos, a legislação complementar criou três novos Estados: o do Rio de Janeiro, pela fusão dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, na Lei Complementar n. 20, de 1º de julho de 1974; o Estado do Mato Grosso do Sul, pelo

> desmembramento de área do Estado de Mato Grosso, na Lei Complementar n. 31, de 11 de outubro de 1977, e o Estado de Rondônia, pela elevação do Território Federal do mesmo nome, na Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981. (**Direito Constitucional**. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 294/295.)

Finalmente, com a Carta da República de 1988, restabeleceu-se o *status* constitucional da matéria, de forma que o art. 18, § 3º, previu o procedimento de alterações territoriais dos Estados-membros, exigindo a aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito, e do Congresso Nacional, mediante lei complementar. Em regra mais adiante (art. 48, VI), corrigindo-se omissão da redação do § 3º do art. 18, incluiu-se a necessidade de oitiva das respectivas Assembleias Legislativas.

No ensejo, a própria Constituição de 1988 criou o Estado de Tocantins, área desmembrada do Estado de Goiás (art. 13, ADCT) e transformou os Territórios federais de Roraima e Amapá em Estados federados (art. 14, ADCT). Além disso, é verdade, previu a criação de Comissão de Estudos Territoriais, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a **novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução**, já abrindo a possibilidade de criação de novas unidades territoriais.

Como se vê, o processo de alteração territorial e de criação de novos Estados, à exceção das Cartas de 1967/1969, têm recebido tratamento complexo, com o estabelecimento de rígidos critérios.

Com efeito, todo esse rigor decorre do fato de os Estados constituírem, como anotado por José Afonso da Silva, "instituições típicas do Estado Federal. São eles as entidades-componentes que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado" (**Comentário contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248). De fato, conquanto nossa Federação seja formada pela "união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", tradicionalmente, são os Estados-membros os entes estruturantes do Estado Federal.

Atrelada ao princípio da autonomia dos Estados-membros está a necessidade de **proteção jurídica especial da base territorial dos entes federativos**. Embora não seja imutável e perpétua, também não pode ser mutilada sem o pleno amadurecimento dessa decisão.

Como ensina Dalmo de Abreu Dallari, o território é elemento indispensável e essencial para a existência do Estado. Não existe Estado-membro sem território, e a autonomia dos entes federativos se dá exatamente sobre essa determinada base territorial, sob a qual incidirá sua capacidade política. No magistério de Oswaldo Trigueiro:

> O regime federativo tem em mira o *self government* das comunidades locais, através da outorga de certa margem de autonomia efetiva. Explica-se, assim, que as garantias constitucionais da descentralização sejam acompanhadas de uma proteção jurídica especial à existência das coletividades integrantes. Nem se compreenderia que o poder constituinte garantisse, por um lado, a competência de organização e

> certa autonomia legislativa aos Estados-membros, mas, por outro lado, deixasse a sua sobrevivência depender exclusivamente da discrição do legislador ordinário. Não se trata de justificar que as constituições devam conter cláusulas imutáveis, com o propósito de assegurar a indestrutibilidade das coletividades integrantes, nem da criação de regras constitucionais intangíveis, que a força dos fatos mais cedo ou mais tarde destruiria. Trata-se porém, de dar aos Estados-membros garantias de existência, indispensáveis ao gozo da autonomia constitucional que lhes é outorgada ou, pelo menos, fazer com que sua existência esteja tão protegida quanto sua autonomia. (**A descentralização estadual**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Americana, 1943, p. 46.)

Não nos esqueçamos de que o conflito de interesses no seio das elites regionais é ínsito aos movimentos emancipacionistas, os quais muitas vezes resumem-se a uma luta por mais recursos e por mais poder, e cujos desdobramentos e implicações remetem a questões cruciais.

Em temas como esse, em razão de a modificação das divisas territoriais dos entes federativos resultar, especialmente, em **revisão do próprio pacto federativo**, a Constituição deve ser sempre interpretada de forma a não ameaçar a organização federal nem a pôr em risco – o mínimo que seja – a harmonia que deve existir entre os entes federativos.

Essa advertência é ainda mais especial em relação a esta Suprema Corte, em virtude da sua qualidade de Tribunal da Federação, guardião do pacto federativo que mantém unidos, ainda que na diversidade, os entes federados. Na clássica advertência de Hans Kelsen, *"é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional"* (**Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182).

Por todas essas razões, Senhores Ministros, no meu sentir, é irrecusável que o desmembramento de parte do território do ente federativo – o que afeta, inclusive, sua posição no Estado Federal – interessa à população de todo o Estado, a qual constitui, portanto, a "população diretamente interessada".

Entendo que o art. 7º da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, conferiu adequada interpretação ao art. 18, § 3º, da Constituição, sendo, desse modo, plenamente compatível com os postulados da Carta Republicana. A previsão normativa, em verdade, concorre para concretizar, com plenitude, os princípios da soberania popular, da cidadania e da autonomia dos Estados-membros. Dessa forma, contribui para que o povo exerça suas prerrogativas de cidadania e de autogoverno de maneira bem mais enfática.

Por essas razões, **julgo improcedente o pedido**.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, antes da suspensão dos trabalhos, veiculei uma dúvida quanto à limitação do voto do Relator, admitindo a ação direta de inconstitucionalidade apenas em relação à disciplina do desmembramento ou fusão de Estado. Não o fiz por não prestar atenção à exposição de Sua Excelência, em que pese a observação feita por um colega, mas, justamente, porque acompanhei o voto ponto a ponto.

Conversei com Sua Excelência, e apontou-me que não estaria a conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em relação ao preceito, no que disciplinado o desmembramento ou fusão de Municípios. Não haveria, na inicial, articulação. Mas, no caso, qual seria a articulação? A mesma referente ao desmembramento dos Estados, ou seja, a necessidade de ouvir-se a população da área desmembrada – ou desmembranda – e a população da área remanescente.

Creio que, sem colocar em segundo plano a jurisprudência, que, a partir da lei de regência da ação direta de inconstitucionalidade, é no sentido de exigir-se fundamentação quanto aos dispositivos atacados, podemos, neste caso, caminhar para o julgamento amplo do pedido formulado, sendo este, não há a menor dúvida, abrangente. Apenas não se repetiu o que se poderia em relação aos Municípios.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, refletindo sobre a argumentação feita pelo eminente Ministro Marco Aurélio, eu havia realmente votado no sentido do conhecimento parcial, na linha da jurisprudência da Corte, homenageando o dispositivo do art. 3º, inciso I, da Lei 9.868, que diz:

> Art. 3º A petição indicará:
> I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

E não houve articulação em relação a uma impugnação relativa aos Municípios. De qualquer sorte, como bem coloca o eminente Ministro Marco Aurélio – e aqui, então, fazendo uma análise em relação às ponderações de Sua Excelência –, as argumentações são as mesmas. São exatamente as mesmas.

Então, excepcionalmente neste caso, reajusto o meu posicionamento para conhecer integralmente da ação direta – agradecendo a colaboração do Ministro Marco Aurélio na minha reflexão – e julgá-la improcedente.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite? Eu – se bem compreendi a questão – tenho a impressão de que, no que tange aos Municípios, este Plenário já se pronunciou, e se pronunciou

na ADI 2.967, da Bahia, em que foi Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, e o requerente foi o Partido Progressista. E, numa ementa bastante alentada, mas da qual eu me permitirei ler apenas um trecho, Sua Excelência o Ministro Sepúlveda Pertence consignou o seguinte – depois da alteração feita no dispositivo atacado, constitucional e legal, a partir da EC 15/1996:

> Seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta prévia das "populações diretamente interessadas" – conforme dicção original do art. 18, § 4º – ou "às populações dos Municípios envolvidos" –, segundo o teor vigente do dispositivo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Mas essa ação impugnava o 7º da 9.709?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não. Na verdade, parece-me que ela resolveu a questão ao dizer que a dicção anterior da Constituição "população diretamente interessada" ou "população dos Municípios envolvidos" era equivalente.

Impugnava-se aqui, na verdade, uma lei local.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Uma lei local, e não uma lei federal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Não a lei local. Mas quero dizer que o conceito – parece-me – foi bastante elucidado neste julgamento. Mas, de qualquer maneira, se Vossa Excelência reajusta o voto, acho que *tollitur quaestio* – a questão está superada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E o pedido é expresso, o pedido não distingue. O pedido é:

> d) Ao final, a procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade definitiva da primeira parte do art. 7º da Lei 9.709, de 18-11-1998, tornando-a nula e sem eficácia, para que a interpretação correta do termo "população diretamente interessada" contida no § 3º do art. 18 da CF signifique apenas aquela que tem o domicílio na área desmembranda;

Vale para todo mundo.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, depois do exauriente voto do Ministro Dias Toffoli, o brilhante voto que foi proferido, resta muito pouco a acrescentar.

Na realidade, a pretensão se volta contra uma eventual inconstitucionalidade do art. 7º da Lei 9.709, que assim dispõe:

> Art. 7º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento;

Esse é um caso típico de uma norma interpretativa, quer dizer, interpretação autêntica. O próprio legislador explicou o que ele quis dizer com população diretamente interessada. E, paradoxalmente, a parte propõe a ação declaratória de constitucionalidade, alegando a violação dos princípios da cidadania e da soberania popular, que é exatamente o contrário do que ocorreria, violação a esse princípio, se nós acolhêssemos essa declaração de inconstitucionalidade, porque a cidadania é a participação política do cidadão na vida do Estado, em escorreita definição. A soberania popular é a manifestação livre de toda a população interessada.

Ora, nessas hipóteses, é interessada a população do território que se pretende desmembrar e também daquele que sofrerá o desmembramento. E Vossa Excelência inclusive fez esse paralelo no sentido de que a regra constitucional, em relação aos Municípios, foi explícita e não o foi em relação ao Estado, mas, à luz do princípio instrumental de interpretação constitucional da unidade da Constituição, não teria o menor sentido que se admitisse a manifestação de todos, nesse desmembramento do Município, e não se admitisse no caso dos Estados. Quer dizer, é uma interpretação teleológico-sistêmica, ou uma interpretação instrumental à luz do princípio da unidade da Constituição, ou ainda é seguindo o princípio material da razoabilidade, essa é a interpretação que deve ser lançada em relação ao texto.

Eu aqui, então, Senhor Presidente, acompanhando integralmente o eminente Ministro Relator, estou assentando que a soberania popular pressupõe que os votos de todos sejam votos igualitários, faz parte do conceito de soberania popular. Estou sugerindo também, exatamente da forma como destacou o eminente Ministro Toffoli, no belíssimo voto proferido, que a violação aos princípios da soberania popular e da cidadania não restou configurada. Ao contrário, a norma atacada, que determina que as populações de todos os Municípios envolvidos sejam ouvidas no plebiscito, somente aumenta o grau de cidadania e homenageia a soberania popular.

A ADI 479, citada pelo proponente como precedente que eventualmente lhe seria favorável, sequer foi conhecida nesse ponto. E é cediço, na doutrina do Direito Constitucional, tal como foi feito aqui pela Lei 9.709, que o Judiciário deve respeitar a legítima interpretação que o Poder Legislativo confere aos dispositivos da Carta Magna, porquanto aquele primeiro Poder, o Poder Judiciário, não é o único que realiza a exegese constitucional.

Senhor Presidente, no caso *sub examine*, a lei atacada, apesar de eventualmente contrariar uma antiquíssima jurisprudência do pretório excelso, no meu modo de ver, amplia o espectro de manifestação popular devendo, portanto, ser obedecida, razão pela qual acompanho integralmente o voto de Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também começo por apresentar os cumprimentos. Realmente, um belíssimo voto do Ministro Toffoli.

Acho que esse é um tema de importância magna, porque acolhe a democracia e a Federação, o modelo de Federação e a participação dos cidadãos do Estado no modelo federativo e no esquadrinhamento territorial do poder na Federação. Portanto, considero realmente um voto além de brilhante, como foi visto, com o qual eu me ponho de inteiro acordo.

Eu faria também só o realce, e já foi dito, Ministro Toffoli, com muito brilhantismo por Vossa Excelência, apenas para deixar também salientado que, ao contrário do que se alega na petição e em alguns documentos que foram juntados e que nos foram trazidos, parece-me que aqui o que se tem é exatamente, tal como posto na Lei 9.709, a ênfase na cidadania, que, a meu ver, o legislador de 98 fez embasar no art. 1º combinado com o 14. O art. 1º, no parágrafo único, estabelece um modelo de democracia semidireta e não indireta:

> Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

"Diretamente, nos termos desta Constituição" vai para o art. 14, que enfatiza a soberania popular, mediante sufrágio universal, voto direto e secreto, e, nos termos da lei: "I – um plebiscito".

Então, se quis que, em algumas situações, não se tivesse a democracia representativa, daí por que não vale, a meu ver, para os efeitos do pedido de declaração de inconstitucionalidade, o argumento que foi trazido, tanto na petição como repetido na tribuna, de que as assembleias legislativas estariam a cumprir o papel de representantes. É que, neste caso, a Constituição escolheu que o próprio cidadão, diretamente, instrumento, portanto, de democracia direta, teria de exercer esse papel de escolher sobre o desenho do poder no território, que é exatamente a Federação. E, por isso, eu enfatizei que é o redesenho da divisão do poder no território, e não apenas a divisão do território com as consequências na estrutura de poder, nas instituições de poder.

Por isso mesmo é que eu acho que afirmar que o art. 18, no § 3º, estaria a fazer referência apenas a uma população, àquela que se quer desmembrar e não àquela da qual se quer se desmembrar, seria tolher a cidadania e enfraquecer a soberania, tal como posta no art. 1º, inciso I e parágrafo único, no art. 14, inciso I, e depois no art. 18.

Acho que realmente é exatamente o oposto, como Vossa Excelência já afirmou, e agora o Ministro Fux também faz referência.

Também acho que toda a doutrina brasileira sobre a Constituição, especificamente, faz referência a "diretamente interessada". Há duas referências que precisam ser esclarecidas e que eu acho que o legislador pôs exatamente nos termos afirmados pela Constituição. Quer dizer, diretamente no sentido de que tem interesse em qual Estado ou qual Município de que você faz parte e que terá reconfigurado o poder e o território. E isso é patente, porque, quando se pergunta de onde se é, e a pessoa faz referência ao Município e ao Estado, ela pensa no seu Estado como um todo. Quando isso se altera e alguém que deixa de ser de um Estado e passa a ser de outro, ou que passa a deixar de ter no seu Estado uma

parte territorial que antes agregava a tudo que compõe, em termos de recursos, de poder, de condições sociais, de condições culturais que compõem a história dos Estados e, portanto, dos cidadãos, acho que isso é o "diretamente a que se refere a Constituição. E interessado é todo aquele que tem uma mudança no seu patrimônio de direitos políticos, nesse caso da cidadania.

Foi feita uma referência a Minas Gerais da tribuna, então, eu vou, como mineira, exatamente dizer que uma coisa é ser parte de um Estado que congrega inclusive essa realidade cultural. Outra coisa é, agora, sem poder dizer nada, ver uma parte disso, que formava o patrimônio dos meus bens cidadãos como parte dessa Federação, compor uma outra unidade, sendo-me retirada sem que eu pudesse me manifestar. Isso, sim, seria, a meu ver, um enfraquecimento, um tolhimento, como Vossa Excelência enfatizou no voto, da cidadania. E, por isso, é do interesse sim, tal como posto na Constituição, e tão brilhantemente exposto por Vossa Excelência.

Por isso, Senhor Presidente, eu acompanho integralmente o voto do Ministro Relator, mais uma vez louvando o profícuo voto e todas as lições que dali se extraem. Também conheço da ação e julgo-a improcedente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também inicio cumprimentando o eminente Ministro Dias Toffoli pelo voto primoroso. Sua Excelência arrimou seu voto não apenas no Direito positivo, na jurisprudência, mas também no Direito intertemporal, porquanto fez uma análise de todas as Constituições brasileiras, no ponto, tal como tratado no tema, e também do Direito comparado. Recordo que Sua Excelência citou inclusive Canotilho em abono da tese que defendeu. Portanto, é um voto, por todos os aspectos, primoroso, especialmente do ponto de vista técnico.

Eu digo, desde logo, que o voto do Ministro Toffoli está em plena concordância e harmonia – ou, quem sabe, nós, integrantes do TSE, que estamos em harmonia com o voto de Sua Excelência – com o que está expresso na Resolução 23.342, que recentemente editamos naquela Corta especializada eleitoral, em que, no art. 2º, estabelecemos:

> Art. 2º Serão submetidas a todos os eleitores cadastrados na circunscrição do Estado do Pará as seguintes perguntas:
>
> a) Você é a favor da divisão do Estado do Pará para a criação do Estado do Carajás?
>
> b) Você é a favor da divisão do Estado do Pará para a criação do Estado do Tapajós?

Portanto, interpretando o art. 18, § 4º, da Constituição, e o art. 7º da Lei 9.709/1998, nós entendemos que a consulta haveria de ser feita – quando a Constituição e a lei se referem à população diretamente interessada – tanto à do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento, em caso de fusão ou anexação.

Permito-me trazer à baila uma distinção interessante e curiosa que os estudiosos da Ciência Política e da Teoria do Estado fazem relativamente a três conceitos semelhantes, mas essencialmente distintos. Os estudiosos distinguem, com muita precisão, o conceito de povo, população e nação, dizendo que povo é um conceito jurídico-político, e refere-se ao conjunto de cidadãos, aqueles que expressam a soberania popular. População é um conceito numérico, um conceito demográfico, refere-se a um grupo de pessoas localizado precisamente num determinado território, no espaço e também no tempo histórico. E há um terceiro conceito, muito discutido entre esses estudiosos, que é o conceito de nação, o qual se distingue dos demais por ser um conceito socioantropológico: é o grupo de pessoas que tem uma identidade cultural, étnica ou até racial eventualmente.

A nossa Constituição emprega, como não poderia deixar de ser, esses termos sempre de forma muito precisa. Quando se refere a povo, quer referir-se ao conjunto dos cidadãos, ao conjunto dos eleitores; quando se refere à população, refere-se exatamente a esse conceito numérico demográfico, é um grupo de pessoas bem circunscrito no tempo e no espaço. É sob essa ótica, penso eu, que se deve interpretar, aqui, este conceito, esta expressão "população diretamente interessada". População é aquele grupo de pessoas localizado num território, num certo momento de sua história. E "diretamente interessada", evidentemente, é aquela população afetada pelo desmembramento.

Eu não vejo como nós entendermos que toda a população do Estado do Pará não seria afetada; claro que seria. A Ministra Cármen ressaltou muito bem que ela perderá parte considerável de seu patrimônio caso esse desmembramento seja efetivamente realizado, aprovado e levado a cabo.

O Estado do Pará tem uma tradição histórica e de preservação de seu patrimônio cultural fortíssima. É o segundo maior Estado da Federação depois do Amazonas, tem sete e meio milhões de habitantes, quatro milhões e setecentos mil eleitores, e surgiu a partir do desmembramento do território da Capitania do Maranhão e do Grão-Pará. Sempre teve um sentimento autonomista muito forte, inclusive, com a Revolta da Cabanagem, em 1835, o Pará declarou-se independente do resto do País. Portanto, é evidente o interesse do Pará na preservação de sua integridade territorial, cultural e, por que não dizer, social e até patrimonial.

Para mim, não resta nenhuma dúvida de que a locução "diretamente", como muito bem demonstrou o Relator, no que foi secundado pelo Ministro Luiz Fux, envolve a consulta a todos os eleitores do Estado do Pará. E a nossa Constituição, ou os nossos constituintes, melhor dizendo, foram sábios ao estabelecer que não basta apenas o plebiscito, que é feito em homenagem à democracia participativa inaugurada com a nossa Constituição de 88, que é um passo para além da democracia meramente representativa, como assinala o próprio parágrafo único do art. 1º da nossa Carta Magna, mas ela prestigia, também, o próprio Congresso Nacional e a Federação brasileira, porque, quando se exige, após o plebiscito, uma lei complementar precedida de uma consulta à Assembleia Legislativa local, sem caráter vinculante, o que ocorre? Manifesta-se o Congresso Nacional, *por intermédio de suas duas Casas: a Câmara Baixa e a Câmara Alta*.

A Câmara Baixa, que representa o povo, e Câmara Alta, que representa os Estados – o Senado, como nós sabemos, nas Federações, representa o Estado.

Portanto, parece-me que há uma homenagem – isso já foi ressaltado pela Ministra Cármen –, nesse dispositivo do § 3º do art. 18 da Carta Magna, não apenas à democracia representativa ou semidireta, como querem alguns, inaugurada pela Carta de 88, mas também à soberania popular, que está representada no Congresso Nacional, que se manifesta por intermédio do Congresso Nacional. E a própria Federação é preservada quando se exige a manifestação da Câmara Alta do Senado da República.

Portanto, reiterando minhas homenagens, adiro integralmente ao voto de Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, entendo que o argumento político, o argumento econômico, o argumento histórico-cultural, tudo favorece a formulação do juízo de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, exatamente na linha do voto do eminente Relator e da sustentação oral do chefe da Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Adams. Digo isso com todas as vênias aos dois eminentes advogados que fizeram também sustentação oral, mas em sentido contrário: Doutor José Rollemberg Leite e Doutor Adir Cláudio Campos.

Observo que esta expressão, este fraseado polêmico "população diretamente interessada" é da Constituição originária. A Constituição originária já grafou, cunhou essa expressão. E o Ministro Toffoli parece-me que foi particularmente feliz quando diz que população diretamente interessada é população diretamente afetada, nos seus interesses políticos, históricos-culturais e econômicos, com imediatidade, diretamente, ou seja, não é uma coisa distante, é próxima; não é uma coisa abstrata, é concreta; não é uma coisa oblíqua, é direta; não é uma coisa mediata, é imediata, diretamente afetada.

Nesse sentido, a partir da elementar consideração de que nenhuma população, situada numa determinada faixa territorial de uma unidade federada, postula a sua transformação em novo Estado, ou anexação em outro Estado, senão na perspectiva de sua viabilidade econômica, de sua autossustentação econômica. A nova unidade há de trabalhar, laborar, na certeza, ou na probabilidade, de que a sua vida autonomizada ou incorporada a outro Estado se fará acompanhar de uma autossustentação econômica. Essa autossustentação, todavia, não pode significar senão uma estrada de mão dupla, ou seja, não pode acarretar a perda da autossustentação, a perda da viabilidade econômica da unidade desfalcada. Esse é um argumento que me parece favorecer a interpretação da consulta a toda população interessada no âmbito dos Estados, como a toda população estadual.

Eu conheço a tese do eminente Professor Dalmo Dallari que vai além, entende que toda a população do país deve ser ouvida nesse tipo de plebiscito, mas, com todas as vênias, eu ouso discordar porque a Federação como um todo, o país como um todo, não tem nada a perder com o desmembramento de um

Estado, de um dos seus Estados, porque o país como um todo continuará com o seu território íntegro e com sua população nacionalmente unificada. O país como um todo não vai perder nada.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): E se manifesta pelo Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E se manifesta pelo Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pelo Senado Federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas não vai perder nada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite um aparte?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois não, Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Surge um problema muito sério ligado à participação dos Estados – e, também, diria, dos Municípios – em receitas que não são próprias.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, eu digo o seguinte: do ponto de vista político...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência apontou muito bem que devemos encarar a referência à população interessada, tendo presente o que ocorre em termos de prejuízo indireto para essa população. O que ocorrerá, por exemplo, se surgirem no Estado do Pará os dois novos Estados? O fundo destinado aos Estados, consideradas as receitas da União, terá a divisão por um número maior. O divisor aumentará, e a cota parte de cada Estado diminuirá.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu considerei isso. Eu anotei isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí o raciocínio, a meu ver, inteligente – não resisto a raciocínios inteligentes – do jurista Dalmo Dallari. Inclusive, fui surpreendido, no Tribunal Superior Eleitoral, com uma petição de Sua Excelência, apontando essa repercussão, além da relativa a órgãos que são federais, a Câmara dos Deputados e o Senado da República.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Mas essa consideração de fundos de participação, de fundo de saúde, de fundo de educação, novas unidades na Justiça, no Ministério Público, tudo isso eu estou considerando do ângulo dos Estados interessados no desmembramento. Do ponto de vista rigorosamente político, o país não perde nada, nem ganha nada com isso, porque territorialmente a Federação continuará íntegra. Não é o caso do Estado do Pará que se verá – se for o caso, se prevalecer a tese do desmembramento – desfalcado de uma fatia de seu território.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Integridade nacional, que devemos muito à Monarquia e ao que fez Dom Pedro II.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E a sua população. Porque: o que é desmembramento? É um fenômeno político, territorial, que implica a separação de parte de um Estado para ganhar autonomia política, ou seja, o Estado originário continua; é diferente da subdivisão, um Estado se subdivide em dois e o originário

desaparece. No desmembramento, não, o Estado originário permanece com a sua personalidade jurídica, porém, uma parcela do seu território, com a respectiva população, ganhará personalidade jurídica e se integrará ao todo federativo como uma unidade autônoma. Então me parece que o argumento do Ministro Toffoli se sustenta no sentido de que toda a população do Pará se verá afetada por esse desmembramento, porque a hipótese é de desmembramento.

Depois, uma pergunta muito simples: como a Constituição diz que o desmembramento tanto se fará para constituir um novo Estado, ou mais de um, como para que essa parcela destacada, desmembrada, se anexe a outro Estado, esse outro Estado, que vai receber uma parcela por anexação, não será ouvido? É evidente que será ouvido, então, é um condomínio. A Federação é um condomínio político, é uma cláusula pétrea da maior magnitude, da maior importância.

Ministra Cármen Lúcia, apreciei, sobremodo, essa passagem do voto de Vossa Excelência, no voto que proferi na ADI 2.632, eu também parti dessa premissa: plebiscito é consulta eleitoral à população, é modalidade de democracia direta, ou de democracia participativa em oposição à democracia indireta ou representativa. Está exatamente naquele *locus* normativo a que Vossa Excelência se referiu no parágrafo único do art. 1º da Constituição. E evidentemente que, em matéria tão sensível, cláusula pétrea, a vitalização do processo plebiscitário será tanto maior quanto alargada a consulta, até porque, disse bem o Ministro Luiz Fux, estão aqui enlaçados, organicamente, por modo indissociável, dois outros fundamentos da república: a soberania – aliás, a Ministra Cármen Lúcia também disse isso – e a cidadania.

Plebiscito, diz a Constituição no art. 14, é o exercício direto da "soberania popular". O art. 14 diz:

> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> I – plebiscito:
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Implica, portanto, o exercício desse poder decisório popular, cujo nome não é outro senão soberania, que é decisão popular. A cidadania também está envolvida, porque cidadania é acompanhamento crítico dos atos do poder, é interesse por tudo que se refira à *polis*. Ora, temos aqui uma *polis* destacada, Estado do Pará, com essa possibilidade iminente de ver uma parte de si, uma parte dessa unidade, se autonomizar.

Esse elemento conceitual da Federação, que é a autonomia – a Federação tem dois elementos conceituais, como os dois anéis de Saturno: a indissolubilidade e a autonomia –, ora, em homenagem à autonomia, elemento conceitual da Federação, como é que um Estado, sem ser ouvido por toda a sua população, vai se desfalcar, se privar de uma parcela de sua população e do seu território?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vossa Excelência me permite, Vossa Excelência que é poeta, apenas lembrar não o jurista, mas uma frase do Carlos Drumond de Andrade – e não se consultava as populações antes dessa Constituição, não se consultava naquele período da EC 1/1969 –, e o Drumond, então, quando foi criado um Estado por ato do Congresso, escreveu reclamando a falta de povo na criação e termina dizendo: *Tal Estado se tornou Estado, deixou de ser território, logo agora que no Brasil todos os Estados se tornaram territórios, porque falta povo.* E era exatamente esse agradecimento ao povo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Esse elemento político da autonomia também me parece que favorece à tese do eminente Relator, ou seja, é preciso que toda a população seja ouvida, para que a população remanescente, originária, diga, eleitoralmente, que a pretensão da nova unidade federada em nada prejudica a identidade histórico-cultural exatamente da parte remanescente. Ou seja, só se justifica criar uma nova unidade federada, Ministro Peluso, é como penso – estou me alongando, mas já vou encerrar –, quando uma parcela da população pretende não a sua emancipação propriamente dita, porque não se trata de jugo – uma população não está sob jugo da outra, não é propriamente uma emancipação –, é quando uma parcela da população desse Estado originário adquire, ganha, uma personalidade histórico-cultural e já não tem identidade com a remanescente; e a remanescente então concorda com essa "emancipação", porque, a despeito do desfalque, ela, população originária, considera-se íntegra na sua unidade histórico-cultural, na sua personalidade histórico-cultural. Então, duas unidades se formaram ao longo do tempo autonomamente. Então, é preciso que toda a população seja ouvida para confirmar eleitoralmente esse fenômeno da duplicidade de formação histórico-cultural de duas unidades, duas unidades populacionais incrustadas numa só unidade político-jurídica.

Então, parece-me que, por todos esses fundamentos, eu tanto vou discordar, coisa rara, do Professor Dalmo Dalari, como vou discordar do Professor José Afonso da Silva, para quem a consulta à população diretamente interessada só diz respeito à parte – foi como entendi – em vias de desmembramento. A menos que eu esteja equivocado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, temos, quanto aos dois professores, os extremos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O que eu tenho dele é no sentido exatamente do que estamos votando.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, eu anotei aqui que ele restringe a população consultada àquela que se pretende desmembrar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Perdão. O Professor José Afonso da Silva? Eu consultei de manhã, a obra de Sua Excelência está em consonância com o voto proferido pelo Ministro Toffoli.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Leio para Vossa Excelência aqui no livro, no comentário contextual.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu pedi a minha assessoria que confirmasse e a minha assessoria está confirmando, mas...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu estou com o livro na mão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esta altura, a assessoria vai ser reprovada!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: ... "população diretamente interessada, tratando-se ainda que de subdivisão de Estado, é a do Estado todo".

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu tenho diferente, mas...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas esse é o comentário contextual. Eu não sei se no curso tinha outra coisa, mas no comentário contextual...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Como eu não estou com o livro, eu até fico muito feliz que o Professor José Afonso pense exatamente como Vossa Excelência e o Ministro Lewandowski estão a abonar, porque é mais um respaldo, é mais um conforto intelectual para o voto que estou a proferir, Senhor Presidente, também conhecendo integralmente da ação e me pronunciando também integralmente pela sua improcedência.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, também gostaria, inicialmente, de louvar o magnífico voto proferido pelo Ministro Toffoli, tendo em vista essa sensível questão que afeta a Federação e, ao afetar a Federação, diz respeito a tantos temas conexos.

Nós, acredito que ao longo desse período em que temos aplicado a Constituição de 1988, temos feito uma reflexão crítica a propósito dessa temática e temos revisitado a questão federativa em diferentes oportunidades e sob diferentes perspectivas. Fizemo-lo, por exemplo, no que diz respeito à questão das competências e, de quando em vez, temos nos manifestado no sentido de ampliar a competência do Estado-membro em relação à União ou de não esvaziar a competência do Estado-membro em relação à União, dentro dessa imagem, que é cara a Machado Horta e que foi aqui relançada pelo Ministro Britto, na ideia de um condomínio político-legislativo.

Um país com essas dimensões territoriais do Brasil é quase que compulsoriamente um país federativo. Mesmo no regime centralizado do Império já se dizia que havia uma vocação inata para a federação. E federação importa uma série de opções. Uma delas diz respeito, isso foi enfatizado aqui, ao *link*, à ligação com o princípio democrático. Eu acredito que nos tempos modernos foi Konrad Hesse quem melhor expressou essa ideia, ao associar federalismo e democracia, dizendo que aqui se realiza uma das formas de democracia participativa. No nosso caso, se a gente levar em conta, há um debate doutrinário a propósito desse tema, a ênfase que o constituinte quis emprestar até ao Município, falando que o Município integra também a Federação, embora haja disputas sobre o que

significa essa integração, mas é evidente que o Município faz parte deste modelo de democracia participativa dentro dessa dimensão federativa.

Por outro lado, é importante também observar o significado da federação ou do federalismo no contexto da divisão de poderes. E aqui Hesse de novo dá uma lição dizendo que há uma distribuição de poder no plano vertical, porque a gente vê isso num país como o Brasil, em que temos diferentes Estados, governados por diferentes forças políticas, e temos também um modelo assimétrico, seja no que diz respeito à dimensão e força econômica das unidades federadas, seja no que diz respeito aos próprios Municípios. Para considerar apenas um deles, o Município de São Paulo é muito mais expressivo, do ponto de vista de força econômica, populacional, do que muitas unidades federadas, assim consideradas as vinte e sete. Veja então o significado que isso tem também no contexto da divisão de poderes no plano vertical. Então, a mim me parece que a reflexão que aqui se desenvolveu é extremamente importante para mostrar, Presidente, a necessidade de uma interpretação cautelosa dessa cláusula objeto de discussão, a despeito da interpretação que já havia sido adotada pelo Tribunal antes do advento da Emenda 15, no que concerne aos Municípios.

Veja, nessa linha ainda, e fazendo uma rememoração, não faz muito tivemos a oportunidade de discutir outro tema relevante para a Federação, que é a definição das áreas indígenas. Eu me recordo que, naquele caso referente ao Estado de Roraima, nós lembramos, isso já foi uma construção, foi um passo importante. A mim me parece que essas redemarcações, demarcações, novas divisões de território não poderiam ser feitas sem a participação dos Estados e dos Municípios. E ali se invocou com muita ênfase o princípio federativo. E, no caso de Roraima, as próprias e sucessivas demarcações de terras estavam a levar a quase que um esvaziamento, a uma amputação daquele território.

O debate nesta Corte, como sabemos, a propósito desta questão, é antigo e antecede mesmo a Constituição de 1988. Eu tenho registro aqui de debates nas já antigas representações, a representação interventiva nos anos 50, por exemplo, a discussão na Representação 199, da relatoria do Ministro Luiz Gallotti. O Relator Gallotti votava pela constitucionalidade dos dispositivos estaduais, assentando a competência do Estado na demarcação das áreas do Município. No caso, as normas estaduais permitiam uma mudança do território municipal sem qualquer consulta à localidade em suposta afronta à autonomia municipal. À época, destacou-se a manifestação de Nelson Hungria. Dizia ele:

> Senhor Presidente, a vigente Constituição [referindo-se à Constituição de 1946] assegura a autonomia dos Municípios em tudo quanto concerne ao seu peculiar interesse, e o sistema de *self-government* do Município, no tocante às necessidades e interesses marcadamente locais. A expressão "peculiar interesse", desde a Constituição de 1991, tem dado margem à controvérsia, mas atualmente pode dizer-se assentado que tal expressão não quer significar interesse exclusivo, pois, dada a íntima sinergia entre Município, Estado e União, não se pode falar em exclusividade de interesses municipais, mas, sim, de interesse prevalentemente local, interesse que, mais de perto ou mais estritamente, diz com as necessidades municipais. Ora,

> Senhor Presidente – dizia Hungria –, se há um interesse preponderantemente municipal, um interesse vital do Município, é o de sua integridade territorial. Pode dizer-se que é o direito do Município ao seu próprio corpo, o seu *jus in se ipsum*. Entre os direitos e poderes do *home rule* municipal, não pode deixar de figurar, na primeira plana, o de manter o Município a integridade da área territorial em que assenta. Não se trata de um desses poderes que se situam na zona cinzenta entre os poderes do Estado e o poder do Município, mas de um poder reclamado pelo próprio instinto de conservação do Município, pois muitas vezes se identificara com o seu direito à própria sobrevivência.

E continuava Nelson Hungria, assentando a indispensabilidade de os limites territoriais dizerem respeito ao cerne do interesse municipal:

> Perda de território é golpe na própria carne do Município, é perda de sua base geográfica, perda de sua população, perda do seu vigor econômico, perda de suas fontes de receita, perda da eficiência de seu governo interno, perda de suas condições de prosperidade, perda da própria possibilidade de consecução de seus fins políticos. Como duvidar-se então um só instante que seja do peculiar interesse do Município a questão do seu desmembramento? Não se diga que a autonomia municipal, outorgada pela Constituição, somente diz com a administração local, que não abrange a inteireza territorial. Esta, Senhor Presidente, será as mais das vezes a condição essencial do êxito mesmo da administração municipal, da prosperidade econômico-financeira ou o progresso material a que ela se propõe. Não é concebível a autonomia administrativa do Município sem o correlato direito à integridade da base territorial em que se exerce a administração municipal, nem se argumente que o desmembramento de um Município é muitas vezes exigido pelo interesse geral, porque, com a criação dos novos Municípios, movidos estes pelo estímulo da própria autonomia na competição com os demais, haverá ensejo ou probabilidade ao maior progresso deles, redundando isso em benefício para o Estado e para a própria Nação. Não passa tal argumento de uma hipótese teórica que a desoladora realidade desmente. O retalhamento de Municípios apenas resulta, praticamente, na maioria dos casos, em transformar um todo vigoroso e próspero em partes raquíticas e enfezadas, competindo-se no desgoverno e na decadência.

Como de hábito, Presidente, Nelson Hungria não teve receio de tocar nas feridas e afirmar, de alto e bom som, onde o problema reside:

> O que se está presenciando atualmente no Brasil é a profusa criação de Municípios novos que quiseram tornar-se independentes apenas para parasitarem, numa rotina deplorável, em torno à porcentagem de tributos que a União está constitucionalmente obrigada a repartir com as municipalidades. Tão somente isso, a não ser quando entra em jogo subalternos interesses de ordem político-partidária ou eleitoral, inspirados pelo princípio maquiavélico do dividir para governar.

Veja que ele fere aqui, Presidente, um ponto que é extremamente interessante, e não fosse a interpretação que está agora a se consolidar, poderia servir para o esfacelamento de unidades no interesse de movimentos locais, regionais, ainda que expressivos, e, às vezes, no interesse da própria Administração Federal que poderia manipular essa dimensão federativa, comprometendo, portanto, o princípio democrático.

Ele, Nelson Hungria, dizia, então:

> Estendo os meus olhos para o meu Estado natal, por exemplo, e o que vejo é uma constritadora fragmentação de antigos Municípios florescentes em Municípios arruinados que, para disfarçarem a própria incapacidade de progresso, entregam-se ao culto da ruína, disputando a glória de se transformarem em monumentos históricos. Onde, outrora, havia Municípios afortunados, hoje apenas existem cacos e caraminguás de Municípios – esta expressão é muito característica –, é o melancólico rosário das cidades mortas. Somente se salvaram os Municípios cujos dirigentes são grandes chefes da política estadual, e este é o caso comum por todo o Brasil.

Veja que, depois, essa história se repetiu, de certa maneira, sob a Constituição de 1988, e levou à reação que se está a indicar a partir da Emenda 15, de 1995.

Então, Presidente, aqui nós temos uma interpretação interessante desta questão por uma voz qualificada, Ministro Nelson Hungria, mostrando a preocupação e as implicações que o desmembramento de Municípios – e, eventualmente, isso poderia ser aplicado às inteiras ao desmembramento de Estados – pode resultar.

Veja que, se não se adota uma interpretação que dê força normativa à cláusula constante do texto constitucional, nós podemos correr o risco de ter uma notória manipulação da fragmentação dessas unidades, comprometendo, em última instância, a própria Federação e o próprio princípio democrático.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite um pequeno aparte, em abono ao que Vossa Excelência está assentando?

Esse risco e essa preocupação com a manipulação de uma população localizada é a preocupação no TSE, e, na resolução que aprovamos numa das últimas quintas-feiras, nós estabelecemos um limite, um teto de gastos com as campanhas exatamente para que não houvesse abuso do poder político e econômico, sobretudo. Apenas esta observação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Muito obrigado, Ministro Ricardo Lewandowski. É nessa linha que eu estou a argumentar.

Imaginemos que haja um projeto no sentido da multiplicação de unidades para influenciar, inclusive, a bancada no Senado, em determinado momento. Nós já tivemos esse tipo de manipulação, de alguma forma, com a ampliação das bancadas no âmbito dos Estados-membros, quando se fez a elevação de dois para oito membros. Este é um tema que sempre aparece e já foi objeto aqui até de uma arguição de inconstitucionalidade da própria norma constitucional, aquele caso clássico do Ministro Moreira Alves.

O Ministro Nelson Hungria ficou vencido, como se sabe, nesse posicionamento, em diversos outros casos, como, por exemplo, os referentes às normas do Estado do Mato Grosso, Representação 210, de Minas Gerais, Representação 212, Representação 292, de São Paulo, Representação 299, do Rio Grande do Sul.

Todavia, o Supremo reconheceu, ao menos, a necessidade de consulta à população da área atingida pela criação do novo Município, em razão de previsão

da Constituição paulista, em vigor, à época. Trata-se da Representação 223, da relatoria do Ministro Ribeiro da Costa, de 16-8-1955:

> *Ementa*: Desmembramento de Município. O poder deferido ao Estado de se auto-organizar, alcançando-o através de um sistema descentralizador no qual o instrumento fundamental é o Município, não o investe de arbítrio absoluto, antes o subordina, em obséquio à preservação da autonomia municipal, à observância de requisitos essenciais cuja quebra torna nulo o ato do desmembramento ou anexação do respectivo território. Dentre esses requisitos, impõe-se a consulta plebiscitária, restrita à população da área atingida pelo ato de criação do novo departamento municipal.

Nesse caso, Nelson Hungria não acompanhou integralmente o Relator, para insistir na necessidade de a consulta atingir toda a população do Município, e não apenas aquela da área atingida.

Daí por que, também, ficou vencido o Relator originário, Nelson Hungria, na Representação 226, de São Paulo, Rel. p/ o ac. Afrânio Costa, que tratava de outro plebiscito em Município do Estado de São Paulo.

Então, Presidente, estamos a ver que há muito o Tribunal se ocupa com essa questão, tendo por *lietmotiv* a questão do desmembramento, ou da divisão, ou da elevação de Municípios, mas, isso, que aqui se falou, se aplica integralmente, e talvez, até com maior razão, aos Estados-membros.

Por último, Presidente, nessa linha de considerações, há um argumento de caráter literal, que foi manejado da Tribuna e aparece, também, nos memoriais: a eventual diferença entre a interpretação dos § 3º e § 4º do texto constitucional, do art. 18. Um objeto da Emenda 15, tal como já amplamente ressaltado; e outro, que quedou sem qualquer alteração. Isso faz com que os intérpretes, então, que sustentam a tese da consulta restrita, avancem para dizer que isso mostra que o Constituinte quis, tão somente, alterar esta regra para os Municípios, e não estendê-la aos Estados.

A gente sabe que esse exercício de psiquiatria jurídica é extremamente difícil de se fazer, e nunca se recomenda. Claro, o Constituinte não estava atento à questão do Estado, porque não estava na pauta das cogitações, naquele momento, a criação de Estados-membros, o foco era, realmente, a criação dos Municípios. Até que nós temos sérias pendências nesta área, a propósito, também, da lei complementar que fixe a data ou período para a criação dos Municípios, objetos já de ação direta por omissão, que veio, também, nesta Emenda 15, porque, claro, o País saiu, nesse período, de algo em torno de dois mil, dois mil e poucos Municípios para mais de cinco mil Municípios. Havia, então, a preocupação – que aqui já se revelava, também, sob os domínios da Constituição de 1946 – da multiplicação de unidades, que dependeriam quase que exclusivamente do fundo de participação, que não teriam autonomia, e haveria, portanto, aquele quadro que se falava de divisão de miséria. A divisão do mesmo bolo, agora, por um maior divisor, que já foi objeto da preocupação do Ministro Marco Aurélio na sua fala. Mas, veja, Presidente, que, nesse sentido, essa alteração mostra que, de alguma forma, atualizou-se o sentido do texto constitucional como um todo.

Lembro-me do meu querido professor, amigo e orientador, na Alemanha, Professor Eriksen, fazendo um comentário a uma questão relativa à inconstitucionalidade de emenda constitucional, na Alemanha. Ele dizia que era quase impossível fazer-se uma interpretação conforme de uma norma constitucional derivada. Por quê? Porque, de alguma forma, a emenda constitucional, ainda que feita de forma tópica, altera o todo constitucional. E é o que a gente está a ver aqui. Quer dizer, é quase impossível, diante da mudança do texto constitucional, não se perguntar: "Mas que tamanho de incongruência se produziu?" E a gente tem vários exemplos em termos de hermenêutica constitucional. O que ocorreu, por exemplo, com o art. 14, a questão da reeleição, que ricamente foi inovada na jurisprudência do TSE, Ministro Lewandowski, Ministro Britto, a partir dos impedimentos. O que se quis alterar foi apenas a reeleição, mas depois tivemos, por exemplo, o caso de cônjuges que se elegem, a aplicação dos impedimentos, tudo a partir da lógica de uma mudança tópica ocorrida.

De resto também, aqui, como se viu, Presidente, a própria interpretação do Tribunal, em linha divergente, já sinalizava a possibilidade, à época, de uma compreensão mais ampla e com todo o sentido. E se nós remetermos então a essa interpretação história, veremos que o debate já estava colocado anteriormente.

De modo que, parece-me, não há nenhuma infidelidade por parte do tribunal em relação a sua jurisprudência, se levarmos em conta já a reflexão constante de votos vencidos, a propósito da interpretação do § 4º, que foi objeto desta alteração, e o efeito que essa alteração produz sobre todo o sistema. Absurdo seria, agora, dizer-se que se exige o plebiscito em todas as áreas atingidas, no âmbito dos Municípios, e dizer-se que, em relação à unidade federativa, por definição, o Estado-membro, esta consulta seria limitada apenas à área pretendente de autonomização. Levar-se-ia realmente a um resultado que, em última instância, diminuiria a força normativa do texto constitucional, e aquilo que já foi dito. Não esqueçamos que Federação é cláusula pétrea entre nós, integra o art. 60, § 4º. Quer dizer, isso veda não só eventuais mudanças pontuais no modelo federativo, mas também a sua erosão de alguma outra forma. E esta seria uma forma. Então, parece-me que a interpretação agora preconizada a partir do voto do Ministro Toffoli vem colocar, vitalizar todos esses princípios aqui referidos, inclusive a ideia de Federação enquanto cláusula pétrea.

Então, é fundamental que pensemos nisto. E nesse sentido estou bastante confortável. Sabemos bem que, a toda hora, a Corte é acusada de fazer um certo ativismo exatamente por não interpretar o texto constitucional segundo expressões literais.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite? Essa acusação de ativismo decorre exatamente dessa falta de percepção – claro que com todo o respeito é que o digo – de que temos feito aqui interpretação de princípios que, por terem os seus conteúdos ou seus elementos conceituais na própria Constituição, se prestam como normas de regência de casos concretos. Isso não é ativismo judicial. Os princípios também são normas. Aliás, numa visão pós-positivista, são supernormas de Direito. Eles, numa visão puramente positiva, ou

positivista, seriam subnormas. Mas, numa visão pós-positivista, rigorosamente contemporânea, eles são até supernormas. E, desde que seus elementos conceituais, seus conteúdos, estejam lançados na Constituição, podem, sim, resolver casos concretos como normas que são.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E tem mais, Ministro Ayres Britto, veja Vossa Excelência que um texto com a densidade normativa ampla do texto constitucional dificilmente comporta uma leitura literal. Isso já é comum e vem do próprio Direito americano: há uma carga de terminologia associada à historicidade e à própria tecnicidade do Direito. Nós não podemos interpretar uma cláusula como a do devido processo legal sem buscar toda essa carga histórica e semântica que ela envolve. Também não podemos fazer uma opção, como a que está dita, sobre a realização ou não do plebiscito, sem levar em conta o contexto federativo em que estamos inseridos e o significado disso para o sistema constitucional como um todo.

De modo, Presidente, que, peço desculpas por ter me estendido um pouco, mas, diante da importância do tema, eu quis fazer essas pontuações. E, mais uma vez, cumprimentando o voto do eminente Relator, Ministro Dias Toffoli, também me manifesto no sentido da improcedência da ação e, *in totum*, porque, tal como já havia sido pontuado pelo Ministro Marco Aurélio e acolhido pela Turma, parece-me que a impugnação diz respeito a toda a lei, o pedido diz respeito à declaração em relação a toda lei. E, até por razões de índole processual e de economia processual, é fundamental que haja um pronunciamento definitivo sobre o tema.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o resultado da flexibilização está aí – no que desmembramento de Municípios dependia apenas de legislação estadual. Eis o resultado da flexibilização quando este Tribunal – e o compunha à época – assentou que a consulta deveria ser feita apenas à população da área desmembranda, ou da área a ser desmembrada. À época, fiquei vencido, e não sei como votou o Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Compus a corrente majoritária, em 1992, antes do advento da EC 15/1996.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Creio que ficamos vencidos eu e o Ministro Carlos Velloso.

A Constituição de 1988 contém preceitos que são verdadeiros princípios básicos e outros – poderia, no campo da hermenêutica, apontar, pelo menos considerado o objetivo, presente a Federação – que encerram exceções. A Lei Maior descreveu o Brasil, em termos territoriais, de uma forma toda própria, criando o Estado, por exemplo, de Tocantins, como ressaltou o Relator, terminando com os territórios e transformando-os – o do Amapá e o de Roraima – em Estados, e extinguindo outro território – que consubstanciava ilha –, Fernando de Noronha, integrando-o a Pernambuco.

Penso que não podemos deixar de considerar até mesmo a história, consideradas as guerras napoleônicas. E não sei se a máxima era de Napoleão ou do Marechal Ney, segundo a qual se divide para enfraquecer. O que ocorreria, por exemplo, com o Estado de São Paulo, se viéssemos a reafirmar a jurisprudência pretérita quanto à consulta apenas à área que se pretendesse desmembrar? Não teríamos mais esse país dentro do país, que é o Estado de São Paulo. Presente a consulta, seria, num jargão futebolístico, correr para o abraço.

Presidente, folgo em perceber a evolução do Tribunal, tendo em conta o mesmo texto, porque a EC 15/1996 não introduziu modificação quanto à expressão "população interessada" ou "populações interessadas", mas quanto à normatividade necessária para chegar-se ao desmembramento, que antes era estadual e passou a ser federal.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Foi o que eu disse em meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exatamente. E ressaltou o Ministro Gilmar Mendes que pulamos de cerca de 3.000 Municípios para 5.564, no que denominei como a farra irresponsável da criação de Municípios, havendo unidades que somente subsistem ante a participação, o rateio da receita de competências diversas. Refiro-me à federal e também à estadual.

Ouvi, neste Plenário, que devemos encarar população interessada tendo em conta a repercussão. Daí a extensão, a generosidade, com que deve ser encarada a expressão, apanhando a indireta, em termos de recursos e se permitirem os administradores e políticos, para alcançar-se os serviços essenciais. E afirmou-se: população interessada é a afetada pela criação do novo Estado ou do novo Município.

Queria agradecer ao Ministro Ayres Britto, pelo aparte que viabilizou.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Estávamos aqui conversando sobre a opinião do Professor José Afonso da Silva, eu estava certo com a minha assessoria, ambos. Realmente, no livro *Curso de Direito Constitucional*...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, valeu o desafio quanto à reprovação da assessoria!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Exatamente. Página 474, 34ª edição. Ali o Professor José Afonso da Silva faz uma distinção entre anexação e desmembramento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele inclusive vê uma dualidade, considerados os Estados, e no que toma o vocábulo população no singular, como está no preceito. No tocante aos Municípios, haveria a referência no plural. Confesso que não consegui distinguir uma razão de ser para ter-se tratamento diferenciado quanto a um e outro, Estado e Município.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Quando eu li, fiquei em dúvida, eu me surpreendi com a resposta, fiquei um pouco surpreendido porque pensei que o Professor José Afonso, esse luminar do Direito que todos nós admiramos tanto, tivesse uma opinião exatamente coincidente com a que estamos perfilhando aqui. Ele tem, mas em matéria de anexação; em matéria de desmembramento, ele diverge do nosso ponto de vista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mesmo quanto aos Municípios?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, quanto aos Municípios, ele acha que deve ser toda a população.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A consulta tem que ser abrangente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aí, para não haver dúvida, eu consultei a assessoria, e a assessoria foi precisa, respondeu certo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sem dúvida, o esclarecimento foi bem prestado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acho que o que eu li a Vossa Excelência é que ele faz uma diferença entre subdivisão, na página 474, não do comentário contextual, mas do Curso de Direito que Vossa Excelência acaba de citar – desculpe, Ministro Marco Aurélio, é só para completar, se Vossa Excelência me permite.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Alfim, José Afonso da Silva não está em julgamento. Não me atreveria a julgá-lo, porque o tenho como um grande mestre.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ele só merece nossas homenagens.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Continua sendo um grande mestre, por unanimidade, para todo mundo. Apenas para retificar que o que eu li foi rigorosamente do comentário contextual, e Vossas Excelências me viram lendo, que ele fala que subdivisão, uma parte do Estado se separa para formar outros, e aí ele faz essa distinção de subdivisão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E a anexação?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas a parte que eu li foi da subdivisão e desmembramento.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não. A parte que Vossa Excelência leu é subdivisão e anexação. Eu estou com ela aqui também.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Está no comentário contextual, e Vossa Excelência, agora, cita exatamente. É isso que eu estou dizendo, Ministro. Vossa Excelência tem razão quando diz que ele faz uma diferença entre subdivisão e desmembramento. Na subdivisão, é que ele, então, fala que as populações serão interessadas. Mas, enfim, peço desculpas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E anexação também.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Essa parte, eu nem li.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, entendo irrespondíveis as colocações feitas pelo Ministro Dias Toffoli quanto ao primeiro passo – e, talvez, não esteja no Tribunal, e não estarei daqui a dez anos –, quanto à consulta à população da área a ser desmembrada e também da área que, se houver desmembramento, será a remanescente. Mas não posso deixar de considerar a ordem natural das coisas e o sentido vernacular dado pelo Colegiado à expressão "população diretamente interessada", a definição dessa expressão presente a Constituição Federal. Ouvi muito que população interessada é a afetada por um possível

desmembramento. Daí ter dito que não resisti, no Tribunal Superior Eleitoral – fui voto isolado, e estou muito acostumado com isso em minha vida judicante –, à ideia inteligente do jurista Dalmo Dallari, que percebi baseada na Carta da República. Por que aquiesci à ideia de Sua Excelência? Porque, se formos à Lei Maior, veremos que os Estados e os Municípios de hoje têm participação em receitas federais e em receitas – os Municípios – estaduais.

Ora, se há possibilidade de vir à balha – e o vocábulo é vernacular, balha com "lh" – um novo Município ou um novo Estado, haverá prejuízo para as populações dos demais Estados e dos demais Municípios. E a razão é muito simples: aumentará o divisor do fundo alusivo aos Estados e do referente aos Municípios. Já não estou nem cogitando de despesas federais, considerado o surgimento de Estados, não de Municípios, e não são poucas, alusivas ao funcionamento das duas Casas do Congresso: a Câmara dos Deputados e o Senado da República.

Por isso, vou mais além, Presidente, e digo que o faço a partir de regra de hermenêutica, distinguindo norma regra e norma constitucional exceção. Para mim, a norma constitucional exceção é aquela que aventa a possibilidade de surgimento de novos Municípios e de novos Estados. Interpreto-as – são duas normas, as dos § 3º e § 4º do art. 18 – de forma estrita. Potencializo, até mesmo para fechar a porta a essa volúpia na criação de Estados e Municípios, a referência "a população interessada" para entender, como fez o professor Dalmo Dallari – e não fui aluno de Sua Excelência, já que sou egresso da Nacional de Direito e não da USP –, no que apontou que população interessada é a população do Brasil, é a população existente no território nacional. Vou, portanto, um pouco mais além, até mesmo – não tenho nenhuma pretensão – para suscitar questionamentos a respeito da matéria. Assento que a consulta deve ser abrangente, a envolver, portanto, a população de todo o território nacional.

É como voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência acompanha o Relator no resultado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não, dou enfoque mais amplo à matéria.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vamos ouvir o que Sua Excelência votou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência acompanha ou não?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Lembro-me do Ministro Eros Grau, que, certa vez, pediu a palavra para afirmar o que teria sido o voto proferido em um momentoso caso de extradição. No meu voto, digo que vou um pouco adiante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Procedente ou improcedente?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Julgo procedente o pedido, dando interpretação ao preceito para assentar que a consulta deve levar em conta a população do território brasileiro.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), fui surpreendido com a petição na assentada. E imediatamente aquiesci quanto ao entendimento sustentado por Sua Excelência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência me permite apenas um esclarecimento à Corte e àqueles que nos assistem? Essa petição, muito bem fundamentada, do eminente professor Dalmo de Abreu Dallari será oportunamente examinada pelo TSE. Eu, na qualidade de Presidente, recebi essa petição, mas encaminhei ao ilustre Ministro Arnaldo Versiani, que é o Relator das resoluções relativas ao desmembramento possível do Estado do Pará e ele examinará essa petição e trará à apreciação da Corte no momento em que entender oportuno.

Portanto, ela será avaliada e examinada com todo respeito que merece.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sinto-me mais tranquilo, porque pensei que houvéssemos decidido a respeito da matéria, não reformulando a resolução baixada, tanto que me manifestei no sentido do que sustentado pelo professor e houve a proclamação de que ficara vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), então, penso que, pelo menos, nessa fase, no Tribunal Superior Eleitoral, a matéria está liquidada. Agora, então, com o pronunciamento do Supremo, mais ainda!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), a qualquer momento.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.650/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (Advogado: Adir Claudio Campos). Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. *Amicus curiae*: Instituto Pró-Estado de Carajás – IPEC (Advogados: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros).

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 unanimidade, julgou improcedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Adir Cláudio Campos; pelo

amicus curiae, o Dr. José Rollemberg Neto e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luis Inácio de Lucena Adams.

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

Brasília, 24 de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO INQUÉRITO 2.956 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Agravante: Eduardo Cosentino da Cunha — Agravado: Ciro Ferreira Gomes

Competência – Queixa-crime – Qualidade do ofendido – Incidência do disposto no art. 72 do Código de Processo Penal. Em se tratando de queixa-crime formalizada contra agente público e não se conhecendo o local exato da consumação da infração penal, a competência é regida pelo art. 72 do Código de Processo Penal, ou seja, fica ligada ao foro do domicílio ou da residência do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no inquérito, 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, 19 de maio de 2011 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

> Vossa Excelência, à fl. 67, proferiu a seguinte decisão:
>
> **Competência – Prerrogativa de foro – Cessação.**
>
> 1. O Procurador-Geral da República, na manifestação de fls. 64 e 65, noticia que o querelado não concorreu a cargo eletivo para a Legislatura de 2011 a 2014, perdendo o foro por prerrogativa de função no Supremo. Requer, então, a devolução dos autos a uma das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do Estado do Ceará.
>
> 2. A competência do Supremo é de Direito estrito e está balizada de forma rígida na Constituição Federal. A cessação do mandato do parlamentar direciona a concluir-se não mais persistir a prerrogativa de foro.
>
> 3. Remetam estes autos à Justiça Federal no Estado do Ceará.
>
> 4. Publiquem.
>
> Brasília, 15 de fevereiro de 2011.

Após, foi juntada petição/STF 7.200/2011, por meio da qual o querelante concorda com a cessação da competência deste Tribunal para conhecer e julgar a queixa-crime, mas, com base no disposto no art. 73 do Código de Processo Penal, expressa a opção no sentido de a ação penal privada ter curso no foro da Justiça Federal da Circunscrição Judiciária do Distrito Federal. Consoante argumenta, o querelado intencionou denegrir-lhe a imagem e atacar-lhe a honra para influenciar as forças políticas no âmbito do Congresso Nacional. Ressalta estar em tramitação na Justiça comum de Brasília, na vara cível, processo envolvendo as mesmas partes, em razão dos mesmos fatos, circunstância que viria a demonstrar a pertinência da pretensão deduzida.

Em seguida, interpôs agravo regimental, por meio do qual impugna parte do pronunciamento transcrito. Assevera que, tratando-se de ofensa a honra de deputado federal em decorrência do exercício do mandato, a competência para processar e julgar a queixa-crime é da Justiça Federal, conforme o Verbete 147 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, a competência territorial é da Justiça Federal do Distrito Federal, ante o fato de a ofensa contra a honra ter sido veiculada em diversos e variados meios de comunicação, todos de circulação nacional, não se mostrando possível, por isso, precisar, com exatidão, o local em que ocorrida. Em casos como o da espécie, assevera, tornar-se-ia admissível adotar, como razão de decidir, a óptica revelada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Conflito de Competência 107.088/DF, do qual foi Relatora a Ministra Maria Thereza Assis Moura, quando se assentou que, sendo vários os periódicos que publicaram as ofensas e não se podendo estabelecer a competência com base no local da impressão, a competência territorial seria definida por opção do querelante, nos termos do art. 73 do Código de Processo Penal. Pede, então, seja parcialmente reconsiderada a decisão, fazendo-se a remessa do procedimento para uma das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do Distrito Federal.

O Ministério Público Federal, à fl. 80 à 83, diz da adequação do disposto no art. 73 do Código de Processo Penal – opção do ofendido para a proposição da queixa-crime no foro do domicílio ou da residência do réu, ainda que seja conhecido o lugar da infração – somente nas hipóteses de ação penal exclusivamente privada. No caso em exame, cuidando-se de ilícitos penais supostamente cometidos contra a honra de funcionário público no exercício da função (Código Penal, art. 141, II), a ação penal não é exclusivamente privada, nos termos do art. 145, parágrafo único, do Código Penal, c/c o Verbete 714 da Súmula do Supremo. Desse modo, desconhecido o lugar do crime, a competência será determinada, em regra, pelo foro do domicílio ou da residência do réu – art. 72 do Código de Processo Penal. Opina, então, pelo indeferimento do pedido formulado à fl. 69 à 71 e pela determinação de remessa dos autos a uma das varas criminais da Seção Judiciária Federal no Estado do Ceará.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A decisão agravada foi publicada no *Diário da Justiça Eletrônico* em 23 de fevereiro de 2011 (quarta-feira). A manifestação do inconformismo ocorreu no mesmo dia (fl. 76), no prazo legal.

Conforme ressaltado pelo Procurador-Geral da República, não se pode precisar o local da gravação da entrevista a revelar as alegadas imputações injuriosas e difamatórias. A Rede TV! conta com filiais em diversos Estados.

Quanto ao disposto no art. 73 do Código de Processo Penal, não se trata de ação exclusivamente privada ante a qualidade de parlamentar daquele que se sente ofendido. Dá-se, então, a incidência da previsão do art. 72 do Código de Processo Penal, ou seja, prevalece, na espécie, o domicílio ou a residência do réu. No caso, este último tem domicílio no Estado do Ceará, daí a improcedência do inconformismo.

Adotando ainda o que preconizado pelo Ministério Público Federal, desprovejo o agravo regimental. O processo deve ser remetido à Justiça Federal no Estado do Ceará.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.956-AgR/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Agravante: Eduardo Cosentino da Cunha (Advogados: Gustavo do Vale Rocha e outros). Agravado: Ciro Ferreira Gomes.

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

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

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

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.288 — MG

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL — Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 51 da Lei 15.301, de 10 de agosto de 2004, do Estado de Minas Gerais. Aplicação imediata de suspensão preventiva a servidor da Polícia Civil, assim que recebida denúncia pela prática de determinados crimes. Violação às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º da CF).

1. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tem legitimidade para a propositura da ação direta, pois constitui entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de "todos os delegados de polícia de carreira do País, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses" (inciso IX do art. 103 da CF). Presença do requisito da pertinência temática entre as finalidades da agremiação e o objeto da causa.

2. As regras da Lei 5.406/1969 e do art. 51 da Lei 15.301/2004, ambas do Estado de Minas Gerais, não integram um único sistema normativo ou um mesmo núcleo deôntico. Daí não ser inócua a declaração de inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 15.301/2004. Preliminar de inépcia da inicial afastada.

3. O Poder Legislativo detém a competência de emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: a) a impossibilidade de o Parlamento veicular matéria estranha à versada no projeto de lei (requisito de pertinência temática); b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos § 3º e § 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). Hipóteses que não se fazem presentes no caso dos autos. Vício de inconstitucionalidade formal inexistente.

4. A suspensão preventiva dos membros da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais está a se revelar como consequência automática do recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário. Automaticidade que viola as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º). Existência de outra lei estadual que adota idêntica medida cautelar administrativa, admitindo a suspensão, pelo prazo máximo de noventa dias, no curso de um processo administrativo específico, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

5. Ação direta que se julga procedente.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 13 de outubro de 2010 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Com fundamento no inciso IX do art. 103 da Constituição Federal, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) propõe a presente ação direta de inconstitucionalidade. E o faz para impugnar o art. 51 da Lei 15.301, de 10 de agosto de 2004, do Estado de Minas Gerais, assim redigido:

> Art. 51. Ao servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais aplicar-se-á imediatamente medida de suspensão preventiva prevista no inciso VII do art. 20 da Lei n. 5.406, de 16 de dezembro de 1969, assim que for recebida pelo Poder Judiciário a denúncia decorrente da prática dos seguintes ilícitos:
>
> I – crime hediondo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo;
>
> II – crime contra o sistema financeiro ou de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
>
> III – extorsão ou corrupção passiva ou ativa.
>
> § 1º A suspensão preventiva prevista no *caput* deste artigo perdurará durante a sindicância administrativa e o respectivo processo administrativo.
>
> § 2º Ao servidor suspenso preventivamente aplicar-se-ão as seguintes medidas:
>
> I – recolhimento da arma de propriedade do Estado;
>
> II – recolhimento da identidade policial.
>
> § 3º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária competente notificará imediatamente a autoridade administrativa a que o servidor se encontra subordinado sobre o recebimento de denúncia-crime contra o servidor.

2. Pois bem, a associação argumenta que o dispositivo sob censura viola o *caput*, os incisos LIV, LV e LVII, e o § 2º do art. 5º; o art. 25; e o inciso I do art. 63, todos da Constituição Federal.

3. Nesse fluxo de ideias, a acionante aduz que o texto normativo em foco padece de vício formal de inconstitucionalidade. Isso porque, embora o projeto da lei em causa fosse de iniciativa do Governador do Estado, o precitado art. 51 adveio de emenda apresentada por um dos membros da Assembleia Legislativa estadual. Dispositivo que, nos dizeres da requerente, acarreta aumento da despesa pública. Donde a alegação de que a "suspensão preventiva" referida no aludido art. 51 atenta contra o princípio da isonomia, porquanto tal medida é dirigida tão somente aos servidores da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. A "suspensão preventiva" de policiais civis afronta o direito à presunção de não

culpabilidade (é o que se afirma), além de desrespeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Prossigo no relatório para averbar que o Presidente da Assembleia Legislativa suscitou preliminar de não conhecimento da presente ação direta, sob o argumento de que a acionante não preenche o requisito da pertinência temática. Quanto ao mérito da questão, argumenta que o preceito em causa não padece de inconstitucionalidade, seja ela formal, seja material.

5. Já o segundo requerido, Governador do Estado de Minas Gerais, defende a tese da constitucionalidade do texto adversado, não sem antes sustentar que a petição inicial é inepta. Leia-se:

> A argumentação expendida na inicial está dirigida contra um instituto específico do regime disciplinar dos policiais civis do Estado de Minas Gerais, qual seja, a suspensão preventiva. Tal situação, como se pode depreender da leitura do *caput* do art. 51 da Lei 15.301/2004, está regulada pela Lei estadual n. 5.406/69, que dispõe sobre o estatuto da Polícia Civil mineira.
>
> É na lei de 1969 que se encontram expressos a definição, os casos de aplicação e as autoridades competentes para aplicação da suspensão preventiva, que desde então existe no regime jurídico dos policiais civis de Minas Gerais.
>
> Desse modo, é possível afirmar que as alegações relativas à quebra do princípio da presunção de inocência e ao devido processo legal caracterizem impugnações contra o instituto da suspensão preventiva, que é regulado pelas Leis estaduais ns. 5.406/69 e 15.301/2004.
>
> Tal circunstância, desde logo, acarreta o não conhecimento da ação, na forma da jurisprudência do STF. Isso porque caso declarada a inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 15.301/2004, permaneceria em vigor a Lei estadual n. 5.406/69, na qual estão as regras fundamentais do sistema normativo disciplinar da Polícia Civil e, em especial, as regras sobre a suspensão preventiva.

6. Já me encaminhando para o fecho do relatório, anoto que o Advogado-Geral da União se manifestou pela procedência do pedido. A seu turno, o Procurador-Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta, e, no mérito, pela improcedência da pretensão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Debruço-me, de saída, sobre a preliminar de não conhecimento da ação. Ao fazê-lo, tenho que desassiste razão ao Presidente da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. É que, da leitura do Estatuto Social da requerente, ressai que a Adepol é uma entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de "todos os delegados de polícia de carreira do País, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses" (fl. 18). O que atrai a incidência do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal.

9. Por igual, entendo satisfeito o requisito da pertinência temática entre as finalidades da agremiação e o centrado objeto desta ação direta de

inconstitucionalidade. Isso porque o texto normativo sob censura permite a aplicação da medida da "suspensão preventiva" a todo e qualquer servidor da Polícia Civil de Minas Gerais. E, da leitura do art. 288 do Estatuto do Servidor do Estado de Minas Gerais (Lei 869/1952), infere-se que os Delegados de Polícia integram o quadro dos servidores da Polícia Civil mineira. Confira-se:

> Art. 288. Os funcionários da **Polícia Civil**, que trabalhem em serviço de natureza estritamente policial, terão direito à aposentadoria com o vencimento integral e a incorporação das vantagens a que se refere o art. 116 desta lei, quando completarem 25 anos de serviço dedicado exclusivamente às aludidas atividades policiais.
>
> Parágrafo único. Consideram-se atividades policiais, para os fins deste artigo, as exercidas por:
>
> a) **Delegados de polícia;**
> b) médicos legistas;
> c) investigadores;
> d) guardas civis;
> e) fiscais e inspetores de trânsito;
> f) escrivães e escreventes da polícia;
> g) peritos do Departamento da Polícia Técnica.

(Original sem destaques.)

10. Por outro lado, na trilha da decisão proferida na ADI 1.517, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, é de se reconhecer que há, no caso, interesse processual da autora, dado que o objeto social da requerente "é atuar na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos Delegados de Polícia, pugnando pela preservação das Polícias Federal e Civil dos Estados e do Distrito Federal como instituições permanentes e independentes, destinados ao exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária".

11. Afasto, ainda, a preliminar de inépcia da inicial, suscitada pelo Governador do Estado de Minas Gerais. Para tanto, relembro que o chefe do Executivo *das Alterosas* afirma que, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo posto em *xeque*, permaneceria em vigor a Lei 5.406/1969 (Estatuto da Polícia Civil mineira), instrumento normativo que também estabelece a medida da suspensão preventiva de policiais civis.

12. Em verdade, dispõe o art. 162 do Estatuto da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (Lei 5.406/1969):

> Art. 162. No curso do processo administrativo disciplinar poderão ser aplicadas, como medidas acessórias, a prisão administrativa e a suspensão preventiva, nos termos de lei e regulamentos.
>
> § 1º A prisão administrativa e a suspensão preventiva não poderão exceder de noventa dias.

13. Com efeito, do cotejo entre o texto normativo impugnado e os dispositivos acima transcritos, observo que a medida da "suspensão preventiva" instituída pela Lei 5.406/1969 (Estatuto da Polícia Civil mineira) há de ser aplicada no curso de um processo administrativo e pelo prazo máximo de noventa dias. Já o art. 51 da Lei 15.301/2004 impõe que essa mesma providência acautelatória seja

aplicada desde o recebimento da denúncia pela autoridade judiciária, perdurando até o final do processo administrativo. Mais: além do afastamento preventivo do servidor, o precitado art. 51 prevê duas medidas acessórias, como o recolhimento das armas de propriedade do Estado e da própria identidade policial. Medidas, essas, que não figuram no Estatuto da Polícia Civil mineira.

14. Vê-se, portanto, que são distintas as regras jurídicas da Lei 5.406/1969 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais) e do art. 51 da Lei 15.301/2004, não integrando, assim, um único sistema normativo ou um mesmo núcleo deôntico. Daí não me convencer a tese de que seria inócua a declaração de inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 15.301/2004.

15. Ultrapassado o exame das preliminares, passo à análise do mérito da ação direta. Aqui, devo relembrar que o art. 51 da Lei 15.301, de 10 de agosto de 2004, instituiu a medida de "suspensão preventiva", aplicável aos servidores da Polícia Civil mineira que venham a responder a processo pela prática de: a) crime hediondo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo; b) crime contra o sistema financeiro ou de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; c) extorsão ou corrupção passiva ou ativa.

16. Muito bem. Quanto aos dispositivos constitucionais tidos por violados, recordo que são eles o *caput*, os incisos LIV, LV e LVII, e o § 2º do art. 5º; o art. 25; e o inciso I do art. 63, todos da Constituição Federal de 1988.

17. Passo ao exame do alegado vício formal de inconstitucionalidade. Apega-se a autora ao fato de que o Poder Legislativo mineiro, no exercício do seu poder de emenda, inseriu o art. 51 no corpo de um projeto de lei de iniciativa do Executivo estadual. É esse dispositivo, conclui a requerente, que provoca aumento na despesa pública.

18. Atento à sistemática da Constituição Federal, ajuízo que, em regra, o Poder Legislativo detém a competência de emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: **a)** a impossibilidade de o Parlamento veicular matéria estranha à versada no projeto de lei (requisito de pertinência temática); **b)** a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos § 3º e § 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF).

19. Sucede que nenhuma das duas hipóteses se faz presente no caso dos autos. Isso porque a emenda parlamentar que deu origem ao dispositivo em causa, além de guardar pertinência com a matéria da proposição originária, não gera um incremento na despesa pública; vale dizer, os cargos e funções de confiança da instituição permanecem inalterados, assim como o vencimento dos cargos e demais vantagens pagos aos integrantes da carreira de policial civil do Estado de Minas Gerais.

20. Diviso, no entanto, a noticiada violação aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (LIV e LV do art. 5º da CF). Com

efeito, estabelece o texto normativo sob suspeita que a aplicação da medida da "suspensão preventiva" é consequência automática do recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário (*caput* do art. 51). Dito de outro modo, o servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais se expõe a automático afastamento preventivo de suas funções, se contra ele for instaurada ação penal pela suposta prática dos delitos arrolados nos incisos I, II e III do art. 51 da Lei 15.301/2004. Isso sem que possa exercer seu direito de defesa.

21. É bem verdade que, segundo anotou o então Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, trata-se de "medida acautelatória que, como o próprio nome indica, busca garantir a segurança da sociedade, evitando danos decorrentes da permanência de policial denunciado em sua rotina normal de trabalho". Sucede que há uma lei do Estado de Minas Gerais, a de n. 5.406/1969, que adota idêntica medida cautelar administrativa, admitindo a suspensão, pelo prazo máximo de noventa dias, **no curso de um processo administrativo específico**, **garantidos o contraditório e a ampla defesa**. Assim, não precisamos entrar numa zona de provável colisão – digamos assim – com a Constituição, se a medida preventiva visada pelo diploma legal impugnado já existe em outra lei administrativa do Estado de Minas Gerais.

22. Nessa ampla moldura, voto pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Até aqui, estamos de acordo, passa a ser consequência do recebimento da denúncia.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): É, diz a lei que sim.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Uma punição *ex lege*.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): É, diz a lei que sim. É isso que vamos julgar. Como consequência do recebimento da denúncia, dá-se o afastamento cautelar preventivo do servidor acusado daqueles crimes: extorsão, de...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele pode ser afastado no processo administrativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Também no processo administrativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Aqui não houve redução não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), lembra a inelegibilidade da Lei Complementar 5. Bastava o recebimento da denúncia quanto a certos crimes para ter-se a inelegibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e nada tem a ver com uma providência cautelar quer no processo-crime, quer no processo administrativo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não a partir de uma automaticidade, pelo simples recebimento da denúncia, mas o Presidente estava relatando, estava votando.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Não, mas as contribuições são excelentes. A questão é esta: com o recebimento da denúncia, a lei determina a suspensão preventiva do policial civil.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), gravíssimos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Exatamente. Eu teria uma dificuldade de superar o obstáculo que está no art. 5º da Constituição, inciso XLIII:

> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, observem. Esse preceito, a meu ver, obstaculiza o afastamento da custódia no caso de prisão em flagrante, no que se aponta serem os crimes inafiançáveis. É algo diverso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Nós estamos tratando de uma medida cautelar administrativa veiculada pela lei, diante de certos crimes. Eu perguntaria aos senhores Ministros, a título de debate, quando a Constituição avança esse juízo, digamos, de periculosidade – a própria Constituição avança um juízo objetivo de periculosidade do agente acusado da prática desses crimes –, a Constituição foi taxativa e apenas possibilita que a lei considere tais crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia? Ou possibilita também esse tipo de providência que a lei mineira afinal tomou, em prol da ordem pública, como acautelamento do meio social? Afasta o servidor do exercício do cargo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Presidente, considerado o recebimento de uma simples imputação, porque a prova quanto à culpa fica sobre os ombros do Ministério Público.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Mas é um policial civil, e já se trata de uma denúncia formalizada e recebida; ou seja, a ação penal já foi instaurada. Há uma ação penal instaurada.

Então, diante desse juízo objetivo de periculosidade da Constituição contra o agente acusado de tais crimes, a lei estaria legitimada a tomar essa providência administrativa cautelar, ou não estaria? Isso seria ofensivo da presunção de não culpabilidade, porque, quando a Constituição trata com maior rigor, ela mesma, a prática desses crimes, avançando inclusive a inafiançabilidade...

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

O Estado adentrou, inclusive, campo para o qual não tem competência, ao disciplinar a matéria processual-penal.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Não, a matéria é de caráter administrativo. Será afastado do cargo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Presidente, é consequência do recebimento da denúncia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Tenho para mim que realmente aqui é matéria administrativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Empresta-se consequência ao simples recebimento da denúncia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A preocupação, que acho que o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello têm razão, é que a lei tem que garantir, na esteira da Constituição, o direito ao devido processo administrativo, o direito à defesa.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Sim, perfeito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Portanto, a suspensão, principalmente, do cargo – porque há outras medidas. Nós sabemos que a administração pública é a formal, essa que nós lidamos e que o direito exige, e a informal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que se instaure o processo administrativo, assegurando-se o direito de defesa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A administração pública informal é aquela que, diante disso, ao invés de deixá-lo na rua com a arma, o coloca em outro cargo, ou o coloca num outro desempenho interno – o Ministro Lewandowski lembrava agora de policiais que estão em funções administrativas –, e que não afrontaria a Constituição, porque não afrontaria o seu direito de se defender e se instalar então um processo administrativo, para chegar ao final e tomar essa providência. O que me causa estranheza, do ponto de vista constitucional, é que uma instância processual-penal, como Vossa Excelência acaba de reafirmar, que não tangencia diretamente, imediatamente e, principalmente, automaticamente, a esfera administrativa, está produzindo efeitos...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Na esfera administrativa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: ...e interferindo na esfera administrativa com automaticidade e sem garantir o direito ao devido processo substancial administrativo.

Então, eu entendo o que Vossa Excelência põe como sendo preocupante: um policial com uma arma, com acusações dessa natureza, circulando numa comunidade, pode causar realmente alguma dificuldade; mas há outros meios, constitucionais e legais, de se tomar a providência de fazer com que a comunidade se acautele e que ele não seja atingido nos seus direitos, e não será por esta norma.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Agora, aí, sim, existe isso, administrativamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No âmbito administrativo, é o que eu digo. A automaticidade é que gerou aqui a inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Penal, não é administrativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Bem, esse argumento é que realmente me impressiona: há uma lei do Estado de Minas Gerais, paralela a essa, que adota idêntica medida cautelar administrativa, admitindo, no curso de um processo administrativo específico, a suspensão, e o faz pelo prazo máximo de noventa dias.

Então, neste caso, eu encaminho a votação pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, porque, com esse julgamento da procedência, estaremos afastando o juízo automático da decisão de caráter penal interferindo na esfera administrativa, produzindo um efeito drástico na esfera administrativa. Esfera administrativa que já tem resposta semelhante – digamos assim – para...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Adequados, perfeito.

A minha dúvida era como conciliar esse inciso LVII, que acabei de ler, com a lei de Minas Gerais, mas a intervenção de Vossa Excelência me convence de todo de que nós não precisamos entrar numa zona de provável colisão – digamos assim – com a Constituição, se a medida preventiva visada pela lei já existe em outra lei administrativa do Estado de Minas Gerais.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Eu também tenho uma dificuldade, mas supero com a ajuda de Vossas Excelências, mesmo aplicando a lei, de caráter administrativo, de Minas Gerais: o processo administrativo é como o processo judicial, ele desemboca numa decisão, é uma sucessão cronística de atos, a que chamamos de fases, predispostos à produção de uma decisão central e conclusiva. Essa é uma definição, que me parece perfeita, de Pietro Virga sobre o processo em geral.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência quanto às preliminares e também quanto ao mérito, em relação à procedência.

Estamos aqui diante de uma punição *ex lege*, com origem na lei, o que entendo que afronta principalmente o art. 5º, LIV e LV, da Constituição.

Para evitar maiores prolongamentos do meu voto, que acompanha o de Vossa Excelência, faço remissão a trecho da manifestação da douta Advocacia-Geral da União, que se manifestou pela procedência da ação quanto ao mérito, nos seguintes termos:

> O dispositivo legal questionado apresenta-se inquinado de inconstitucionalidade material, pois viola o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

A Lei mineira n. 15.301, de 2004, ora em discussão, instituiu a carreira do Grupo de Defesa Social do Poder Executivo, cujos cargos foram distribuídos em diversos órgãos desse Poder, entre eles a Polícia Civil. Nesse contexto, seu art. 51, determinou a suspensão preventiva das funções como medida a ser aplicada aos servidores policiais, automaticamente, assim que se verifique o recebimento da denúncia pela prática de uma série de delitos.

Assim dispondo, a norma contida no dispositivo atacado estabelece uma medida administrativa restritiva de direitos a ser aplicada independente de um prévio processo administrativo, violando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, que militam em favor dos acusados como garantias fundamentais dos cidadãos.

Desde que adotado no curso de processo disciplinar e mediante a devida fundamentação, a suspensão do servidor representaria apenas uma medida acautelatória, de conformidade com a Constituição Federal, e já prevista em diversos atos legislativos referentes a regime disciplinar de servidores públicos, a exemplo da Lei n. 8.112, de 1990, da Loman, da Lei Orgânica do Ministério Público, e do próprio Estatuto do Servidor Público do Estado de Minas Gerais (art. 214) e da Lei Orgânica da Polícia Civil deste mesmo Estado (Lei n. 5.406, de 16 de dezembro de 1969).

Contudo, o art. 51 da lei impugnada prevê tal medida como consequência imediata ao recebimento da denúncia, e não como ato cautelar autorizado no curso de um processo. **Impõe a suspensão do servidor** pelo seu superior hierárquico, sem exigir um prévio procedimento administrativo e a indicação dos elementos justificadores desse afastamento.

A decisão judicial condenatória vincula a esfera administrativa. Todavia, apenas com seu trânsito em julgado, e, ainda assim, tendo em vista que se trata de instâncias distintas, para que se aplique ao servidor qualquer pena disciplinar, faz-se necessária, repita-se, a instauração de um processo no âmbito da própria administração pública, garantindo-lhe a apresentação de uma defesa.

Em favor dos argumentos apontados, vejam-se os acórdãos abaixo transcritos desse Egrégio Tribunal:

> *Constitucional. Administrativo. Recurso extraordinário. Servidor público estadual não estável. Lei 10254/1990 – MG. Demissão por conveniência administrativa. Contraditório e ampla defesa. Necessidade.* 1. É necessário o devido processo administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgR, *DJ* de 23-3-2001 e RE 244.543, *DJ* de 26-9-2003. 2. Recurso extraordinário conhecido e improvido.
> (RE 223.904/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 8-6-2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: *DJ* de 6-8-2004.)
>
> **Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade. Do sistema da Lei 8.112/1990 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração** (...). No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia a fl. 10, em processo

administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíam a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento.

(RMS 22.789/RJ – Rel. Min. *Moreira Alves.* Julgamento: 4-5-1999, Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: *DJ* de 25-6-1999.)

Não há como negar, portanto, que a suspensão do servidor, como decorrência do recebimento da denúncia pela autoridade judiciária, sem um prévio procedimento administrativo disciplinar e sem a demonstração de necessidade desse afastamento, afigura-se inconstitucional, violadora dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Diante de tudo quanto exposto, não há como não aquiescer à alegação de inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado.

Com essas breves considerações, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, acompanho o voto de Vossa Excelência, pelas razões que se expuseram aqui e que tiveram lugar nos debates.

Acho que a preocupação é até válida do ponto de vista de a comunidade não ficar com uma pessoa que pode, eventualmente – imagino que tenha sido essa a motivação – causar algum dano, especialmente por portar arma e tudo mais, mas realmente não se pode permitir que se atropele a Constituição brasileira, como nesse caso. Acho que realmente tem de haver o processo administrativo para que a pessoa tenha o direito de defesa e para que cesse imediatamente essa automaticidade.

Portanto acompanho, às inteiras, o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu também acompanho, na íntegra, o voto de Vossa Excelência, julgando procedente a ação.

Também rejeito esse automatismo da lei que assim como entendo não ser possível haver prisão *ex lege*, não pode haver também uma suspensão preventiva *ex lege*, porque isso retiraria do administrador a sua possibilidade de, discricionariamente, decidir sobre a situação e afrontaria um principio básico do Direito Administrativo, que é justamente a motivação dos atos administrativos. Essa suspensão tem de ser motivada à luz do caso concreto.

Portanto, acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu também, Senhor Presidente, na linha das manifestações, aqui, de Vossa Excelência, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello, também entendo absolutamente incompatível com o

texto constitucional esse modelo desenhado pelo legislador de Minas Gerais, no sentido de estabelecer essa suspensão automática, ou *ex lege*; há possibilidade de se fazer isso no devido processo legal administrativo, se for o caso.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência salientou bem: não fica fechada a porta ao afastamento do policial, desde que haja o devido processo administrativo.

Acompanho Vossa Excelência no voto proferido.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.288/MG — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL (Advogado: Wladimir Sérgio Reale). Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, julgou procedente a ação direta. Ausentes, justificadamente, o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em representação junto ao Conselho Constitucional, Conselho de Estado, ao Secretário de Estado para a Justiça e à Escola Nacional de Administração (ENA), da França, e à Comissão Europeia para Democracia através do Direito (Comissão de Veneza), para participação na 84ª sessão plenária e preparação do Segundo Congresso da Conferência Internacional sobre Justiça Constitucional, e a Ministra Ellen Gracie. Falou pela requerente o Dr. Wladimir Sérgio Reale. Presidiu o julgamento o Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 13 de outubro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.334 — RN

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 240 da Lei Complementar 165/1999 do Estado do Rio Grande do Norte. Isenção de custas e emolumentos aos membros e servidores do Poder Judiciário. Violação ao art. 150, II, da Constituição. Ação julgada procedente.

I – A Constituição consagra o tratamento isonômico a contribuintes que se encontrem na mesma situação, vedando qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida (art. 150, II, CF).

II – Assim, afigura-se inconstitucional dispositivo de lei que concede aos membros e servidores do Poder Judiciário isenção no pagamento de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais.

III – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 240 da Lei Complementar 165/1999 do Estado do Rio Grande do Norte.

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, julgar procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto.

Brasília, 17 de março de 2011 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição, contra o art. 240 da Lei Complementar 165/1999 do Estado do Rio Grande do Norte.

Eis o teor da legislação impugnada:

> Art. 240. Os membros e os servidores do Poder Judiciário não estão sujeitos ao pagamento de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais.

Alega o autor que esta Corte

> possui entendimento firmado de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxa remuneratória de serviços públicos e, portanto, sujeitam-se, por consequência, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa específica modalidade de tributo.
> (Fl. 3.)

Sustenta, desta maneira, que o dispositivo combatido viola o art. 150, § 6º, da Constituição, por não ter sido a matéria tratada em lei específica, que regulasse a isenção tributária.

Aduz, ademais, afronta ao princípio da igualdade (arts. 5º, *caput*, e 150, II, do texto constitucional), uma vez que não existiriam motivos para concessão de tal privilégio aos membros e servidores do Poder Judiciário.

Pugna, assim, após o regular processamento do feito, pela declaração de inconstitucionalidade do art. 240 da Lei Complementar 165/1999 do Estado do Rio Grande do Norte.

À fl. 64, o então Ministro Relator, Carlos Velloso, solicitou informações e abriu vista à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República.

A Advocacia-Geral da União opinou pela procedência do pedido (fls. 74-81), aduzindo:

a) violação ao princípio da isonomia, uma vez que "não se constata correlação lógica entre o fator diferencial, membro da magistratura e servidor do Poder Judiciário estadual, e a isenção tributária" (fl. 77);

b) desrespeito à igualdade tributária, que veda o tratamento diferenciado entre contribuintes que se encontrem em idêntica situação, impossibilitando qualquer distinção fundamentada em ocupação profissional ou função exercida;

c) inexistência de lei específica, pois a Lei Complementar 165/1999, que regula a divisão e a organização judiciárias do Estado do Rio Grande do Norte, não poderia tratar de isenção tributária.

Às fls. 32-36, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se também pela procedência do pedido, em parecer assim ementado:

> *Ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 240 da Lei Complementar 165, de 28 de abril de 1999, do Estado do Rio Grande do Norte, que concede isenção aos membros e servidores do Poder Judiciário local sobre o pagamento de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais. Inconstitucionalidade formal. Exigência constitucional de lei específica. Violação ao art. 150, § 6º, da Constituição. Inconstitucionalidade material. Tratamento desigual entre contribuintes em razão de ocupação profissional. Violação ao art. 5º, caput, e ao art. 150, inciso II, da Constituição. Parecer pela procedência da ação.*

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

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Senhor Presidente, a questão central em debate neste autos é a possibilidade ou não de a lei conceder isenção aos membros e servidores do Poder Judiciário do pagamento de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais.

A resposta é negativa. O tema foi objeto de análise por este Tribunal por ocasião do julgamento da ADI 3.260/RN, Rel. Min. Eros Grau, na qual se questionava norma potiguar semelhante, que concedia isenção aos membros do Ministério Público do pagamento de custas judiciais.

Eis a ementa do referido julgamento:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 271 da Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte — Lei Complementar 141/1996. Isenção concedida aos membros do Ministério Público, inclusive aos inativos, do pagamento de custas judiciais, notariais, cartorárias e quaisquer taxas ou emolumentos. Quebra da igualdade de tratamento aos contribuintes. Afronta ao disposto no art. 150, inciso II, da Constituição do Brasil.*
>
> 1. A lei complementar estadual que isenta os membros do Ministério Público do pagamento de custas judiciais, notariais, cartorárias e quaisquer taxas ou emolumentos fere o disposto no art. 150, inciso II, da Constituição do Brasil.
>
> 2. O texto constitucional consagra o princípio da igualdade de tratamento aos contribuintes. Precedentes.
>
> 3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 271 da Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte – Lei Complementar 141/1996.

Com efeito, a Lei Complementar estadual 165/1999, ao conceder isenção aos membros e servidores do Poder Judiciário do pagamento de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais, ofereceu tratamento diversificado entre contribuintes vedado pela Constituição.

Isso porque não há nada que justifique a vantagem dada pela lei aos membros e servidores do Poder Judiciário, isentando-os de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais, uma vez que, quando utilizam esses serviços, são usuários como todos os outros cidadãos.

Por isso mesmo o art. 150, II, da Carta Magna foi firme em vedar a instituição de

> tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, **proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida**, *independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*.
>
> (Grifos meus.)

Esse também foi o posicionamento da Procuradoria-Geral da República, que em seu parecer consignou:

> resta evidente que não existem razões suficientes para justificar a concessão de privilégio tributário aos membros e servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. Isso porque, seguindo o pensamento de *Alexy*, não há uma desigualdade de fato entre esses membros e servidores do Poder Judiciário local e os contribuintes em geral que justifique o tratamento discriminatório pela lei.
> (Fl. 87.)

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente esta ação para, nos termos do pedido formulado na inicial, declarar inconstitucional o art. 240 da Lei Complementar 165/1999 do Estado do Rio Grande do Norte.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.334/RN — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (Advogados: Esequias Pegado Cortez Neto e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto.

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

Brasília, 17 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL
NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 3.902 — SP
(SS 3.902 na *RTJ* 210/955)

Relator: Ministro Vice-Presidente

Agravantes: Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público do Município de São Paulo – Sinesp e Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros — Agravado: Município de São Paulo

Suspensão de segurança. Acórdãos que impediam a divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração. Deferimento da medida de suspensão pelo Presidente do STF. Agravo regimental. Conflito aparente de normas constitucionais. Direito à informação de atos estatais, neles embutida a folha de pagamento de órgãos e entidades públicas. Princípio da publicidade administrativa. Não reconhecimento de violação à privacidade, intimidade e segurança de servidor público. Agravos desprovidos.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado

brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos regimentais desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover os recursos de agravos regimentais, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 9 de junho de 2011 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Cuida-se, originariamente, de suspensão de segurança, requerida pelo Município de São Paulo contra decisões liminares do Tribunal de Justiça paulista, nos Mandados de Segurança 180.176-0/7-00 e MS 180.589-0/1-00 (esta, no Agravo Regimental 180.589-0/3-01). Decisões colegiadas que suspenderam o ato de divulgação nominal da remuneração bruta mensal de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na internet, denominado "De Olho nas Contas", de domínio da municipalidade.

2. Pois bem, tudo começou quando o Município de São Paulo, com base na Lei municipal 14.720/2008 e no Decreto regulamentador 50.070/2008, determinou a divulgação, no sítio eletrônico da prefeitura, de lista nominal de todos os servidores públicos municipais. Servidores qualificados pelo nome completo, cargos efetivos, cargos em comissão, remuneração bruta do mês, demais elementos de remuneração, remuneração total bruta do mês e seus destacados elementos, unidades de lotação, endereço completo e jornada de trabalho.

3. Contra esse ato foi que o Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal – Sinesp (processo 180.176-0/7-00) e a Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros (processo 180.589-0/1-00) ajuizaram mandados de segurança para arguir, em síntese: a) a ilegalidade do ato impugnado, diante da falta de previsão na Lei municipal 14.720/2008 e no Decreto regulamentador 50.070/2008; b) vício de iniciativa da lei, porque decorrente de projeto parlamentar; c) ausência de competência legislativa municipal para tratar do tema (art. 30, I, CF/1988); d) violação ao *caput*

e aos incisos X e XXXIII do art. 5º; ao *caput* do art. 6º e ao § 3º, inciso II, do art. 37, todos da Constituição Federal (intimidade e segurança dos servidores); e) distorção e irrealidade dos valores divulgados, porquanto refletem, apenas, a remuneração mensal bruta, sem mencionar a carga tributária incidente, incluindo, ademais, verbas alheias a tal remuneração; f) afronta ao princípio da isonomia, pois a referida lista não abarcou todos os servidores municipais.

4. Prossigo nesse relato da causa para anotar que as liminares requeridas nos citados Mandados de Segurança 180.176-0/7-00 e 180.589-0/1-00 (Agravo Regimental 180.589-0/3-01) foram deferidas pelos respectivos relatores. Relatores que acolheram as razões dos impetrantes, consignando, em especial, que a lei municipal e o respectivo decreto regulamentador nada diziam sobre a divulgação da remuneração bruta dos servidores. Mais: invocando o direito à intimidade e à vida privada dos servidores municipais, consideraram temerária a divulgação de dados que fragilizam a segurança pessoal e patrimonial dos mesmos agentes (nome, local de trabalho e remuneração). Daí o pedido de suspensão das seguranças, deferidas nas citadas liminares. Pedido pelo qual o Município de São Paulo, aqui no STF, reclama de grave lesão à ordem pública, retratada no descumprimento ao princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

5. Nessa linha de entendimento, o Município de São Paulo alega que as decisões judiciais, baseadas no direito à privacidade dos servidores, violaram "frontalmente o Princípio da Publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da CR, os incisos XIV e XXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, o § 3º, II, do art. 37 e o § 6º do art. 39 da Constituição Federal" (fl. 4). Afirma, ainda, que a divulgação dos dados se deu em obediência aos ditames do *caput* do art. 37 da CF, como instrumento de concretização dos princípios da moralidade e da publicidade. Por fim, sustenta que a remuneração do cargo é pública, e por isso mesmo escapa da esfera de controle exclusivo do servidor, sendo que os dados publicados no Portal de Transparência servem para aumentar a eficácia do controle social sobre a administração pública.

6. Deu-se que, em 8-7-2009, o Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente deste Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido para suspender as liminares que impediam a publicidade da remuneração bruta mensal de cada servidor municipal, nominalmente identificada (fls. 131/145). Ao fazê-lo, consignou:

> No caso referido no presente pedido de suspensão, há a discussão da constitucionalidade da divulgação de dados de domínio público-estatal, que abarcam uma possível justaposição entre um aspecto individualizado e específico do servidor público municipal (remuneração bruta mensal vinculada ao nome do servidor público municipal), em contraposição à concretização do princípio da publicidade, do direito à informação dos cidadãos e ao dever de transparência dos gastos públicos estatais.
>
> O pedido de suspensão, por sua vez, aponta grave lesão à ordem pública, pois as decisões liminares impugnadas impediriam, ao fundamento de preservação da intimidade dos servidores, a concretização da política pública de transparência e possibilidade de maior controle social dos gastos públicos.
>
> No caso, entendo que, quanto às decisões liminares que determinaram a suspensão da divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de

cada servidor municipal, em sítio eletrônico na internet denominado "De Olho nas Contas", de domínio da municipalidade, está devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública.

À semelhança da legislação federal existente sobre o tema, a legislação municipal (fls. 122-126), em princípio, abriu margem para a concretização da política de gestão transparente da administração pública, possibilitando maior eficiência e ampliação do controle social e oficial dos gastos municipais.

Nesse sentido, as ações judiciais que suspendem a divulgação de parte das informações disponíveis no sítio eletrônico da municipalidade, com a manutenção de dados de apenas alguns servidores em detrimento de outros, acabam por tornar inócua a finalidade, o controle e a exatidão das informações prestadas pela administração ao cidadão em geral, com evidente prejuízo para a ordem pública.

Ao mesmo tempo, a remuneração bruta mensal dos servidores públicos em geral é vinculada ao princípio da legalidade estrita, ou seja, trata-se de gasto do poder público que deve guardar correspondência com a previsão legal, com o teto remuneratório do serviço público e, em termos globais, com as metas de responsabilidade fiscal.

(...)

Não há dúvida de que a forma pela qual a administração decide divulgar determinadas informações e dados públicos pode gerar maior confusão ou indeterminação, como o que ocorre com a divulgação de informações em planilhas de demonstração de gastos mensais.

Ressalte-se neste ponto que o dever de transparência com os gastos e atos estatais deve se pautar pela maior exatidão e esclarecimento possíveis, pois, conforme a doutrina de Rafaelle de Giorgi (GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 191-192), uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar, quanto de produzir indeterminações.

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculem à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados pessoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal.

Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve-se a municipalidade perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível.

Nesse sentido, a administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional.

Novas soluções propostas à administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem).

> Entretanto, no presente momento, diante das considerações acima expostas, entendo que as decisões impugnadas geram grave lesão à ordem pública, por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, com violação da regular ordem administrativa e com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos.
>
> Ademais, também está presente a probabilidade de concretização do denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, *DJ* de 11-10-2001), ante a possibilidade de multiplicação de medidas liminares em demandas que contenham o mesmo objeto, ajuizadas individual ou coletivamente.

7. Ato contínuo, os impetrantes das seguranças suspensas interpuseram os presentes agravos regimentais. No primeiro deles, a Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros recorrentes repisaram os argumentos expendidos quando da impetração do mandado de segurança no Tribunal de Justiça de São Paulo. *Carregando nas tintas* de ameaça à privacidade e à segurança pessoal do servidor, afirmaram que a divulgação de lista com os nomes completos, cargos-base, cargos em comissão, remunerações brutas e unidades de lotação dos servidores, aliada a uma simples pesquisa em ferramentas de busca na internet (*Google*) e em sítios de companhias telefônicas, "permite que em poucos minutos qualquer pessoa elabore uma ficha completa com os dados pessoais e financeiros do servidor" (fl. 159). Donde a peça recursal invocar o testemunho intelectual de José Afonso da Silva, para quem "o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tanto maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários, com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem a sua autorização, e até sem o seu conhecimento" (fl. 159).

8. De sua parte, a primeira agravante questiona a possibilidade de grave lesão à ordem pública, indagando como uma medida até então inédita em todas as esferas da administração pública pode ser tachada de "indispensável à manutenção da vida social" (num conceito de ordem pública alegadamente extraído das lições de Clóvis Beviláqua). Por outra vertente, faz referência à "segurança" como bem constitucionalmente protegido (*caput* e inciso XXXIII do art. 5º e *caput* do art. 6º, todos da CF). Bem jurídico a ser ponderado justamente na análise do pedido de suspensão de segurança (art. 4º da Lei 4.348), porquanto tutelado em todas as normas federais versantes sobre o valor da transparência no trato da coisa pública (art. 4º da Lei 8.159; art. 2º da Lei 11.111/2005; art. 4º do Decreto 5.482/2005). Razões que levaram à exclusão dos Guardas Municipais da lista dos servidores que têm seu vencimento bruto divulgado. Donde reafirmar a presença de vícios formais do ato impugnado, assim como a necessidade de harmonização dos princípios da moralidade e da publicidade com os demais princípios constitucionais de proteção do indivíduo e do servidor.

9. Já o agravo regimental do Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal – Sinesp denuncia, preliminarmente, afronta ao

contraditório e à ampla defesa por parte da decisão agravada, que não possibilitou a manifestação prévia do sindicato ora agravante. Alega, ainda, desrespeito à garantia do Juízo natural, na medida em que a decisão agravada, ao enfrentar o mérito da controvérsia, esvaziou o pronunciamento da Corte paulista no julgamento definitivo dos mandados de segurança impetrados na origem. Ao final, o recurso contesta o argumento municipal da grave lesão à ordem pública, por entender que a publicação de informações distorcidas não homenageiam o princípio da publicidade (fl. 263).

10. Anoto, ainda, que os autos vieram conclusos ao meu gabinete, após declaração de impedimento do atual Presidente, Ministro Cezar Peluso.

11. Por fim, consigno que o Município de São Paulo ingressou com sucessivos pedidos de aditamento. Neles, buscou estender a liminar deferida nos presentes autos a outras seguranças concedidas pelo Judiciário paulista em diversos processos semelhantes, nos quais também foi impedida a divulgação nominal da remuneração bruta mensal de cada servidor municipal. Pedidos, esses, deferidos *ad cautelam*, pela decisão de fls. 554/559.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: 12. Inicio pelo juízo de que estamos a lidar com situação demandante de conciliação de princípios constitucionais em aparente estado de colisão. Aparente conflito, e não mais que isso. De um lado, faz-se presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (*caput* do art. 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da "coisa pública" (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro, as exceções também constitucionalmente abertas, que são "aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (inciso XXXIII do art. 5º). Logo, respeitadas que sejam as exceções constitucionalmente estampadas, o certo é que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade (...)", conforme a primeira parte redacional do mesmo art. 5º. Com o que os indivíduos melhor se defendem das arremetidas eventualmente ilícitas do Estado, enquanto os cidadãos podem fazer o concreto uso do direito que a nossa Constituição lhes assegura pelo § 2º do seu art. 72, *verbis*:

> Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

13. De outra banda, fala-se, basicamente, do direito que assistiria aos servidores municipais de não ver divulgada a sua remuneração bruta. Isso por implicar violação à sua intimidade e vida privada, de parelha com o perigo que representaria para a sua segurança pessoal e familiar o conhecimento geral de

tal remuneração por modo nominalmente identificado. Conhecimento geral tanto mais temerário quanto disponibilizado em rede mundial de computadores (internet), porquanto viabilizador de formatação de um tipo de banco de dados que terminaria por habilitar terceiros a planejar golpes financeiros contra os servidores municipais e assediá-los pessoalmente para fins inconfessáveis.

14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

15. No tema, sinta-se que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Estado que somente por explícita enunciação legal rimada com a Constituição é que deixa de atuar no espaço da transparência ou visibilidade dos seus atos, mormente os respeitantes àquelas rubricas necessariamente enfeixadas na lei orçamentária anual, como é o caso das receitas e despesas públicas. Não sendo por outra razão que os atentados a tal lei orçamentária são tipificados pela Constituição como "crimes de responsabilidade" (inciso VI do art. 85).

16. Em suma, esta encarecida prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

17. Por tudo quanto posto, a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

18. Mantenho a decisão recorrida, desprovendo os agravos regimentais.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, talvez o único ponto – evidentemente não há oposição alguma – que poderia ser sensível, sob o ângulo da tutela da pessoa humana, seria esse a que Vossa Excelência se referiu: de que a divulgação dos vencimentos poderia fragilizar a proteção da pessoa.

Esse é um argumento falacioso porque hoje, para diversos fins – inclusive para fins familiares e outros aspectos que interessam aos Juízos penais –, a riqueza aparente também tem muita influência e as pessoas que ganham esses salários levam uma vida compatível com esses salários, que revelam a riqueza aparente. Então não há nada a esconder.

Nenhuma dessas situações consegue superar o argumento de Vossa Excelência sobre a preponderância pós-positivista desses princípios republicanos. Eu até o parabenizo pela profundidade do voto em relação a essa questão tão delicada.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, estabeleço uma distinção, diria uma gradação, considerada a privacidade do homem comum e a do homem público. Prevalece, na administração pública, o princípio da publicidade, a permitir aos contribuintes acompanharem o dia a dia da atividade, cobrando eficiência.

Lembro-me de lição do saudoso Josaphat Marinho em um projeto de lei apresentado, em que estabelecia que, diante do conflito entre o individual e o coletivo, sempre se deveria partir para a homenagem ao coletivo.

Acompanho Vossa Excelência, cumprimentando-o pelo voto proferido – e também ao Ministro Gilmar Mendes, que implementou a suspensão das liminares que impediam a divulgação dos vencimentos dos servidores. A esta altura, a não ser assim, prevalecendo a articulação do agravante, todos estaremos vulneráveis, já que nossos vencimentos são conhecidos!

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu tive dúvida – especialmente por se tratar de São Paulo – com relação a essa questão da segurança da identificação de números e, claro, fiquei sensível. Quando discutimos esse tema no âmbito do CNJ, que também publica hoje os dispêndios de pessoal, fizemos uma opção por identificar o servidor quanto à questão dos gastos de diária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Certamente não há divulgação nos veículos normais, nos jornais. Deve ficar na internet.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É, restrito. Mas a medida parece extremamente profilática e evita esses acréscimos que, às vezes, decorrem de práticas não muito convencionais. Acho que é isto que se quer fazer: um tipo de controle social mostrando que às vezes há uma evolução salarial não ortodoxa a partir de

deferimento de pedidos, acréscimos, ações judiciais. Quer dizer, é esse o contexto em que se coloca essa prática, e me parece que deve ser seguida.

Na ponderação que se faz obviamente preside – pareceu-me, e Vossa Excelência está confirmando – o interesse público, até porque há vários sistemas hoje vigentes nos quais se sabe com clareza qual é a remuneração de um dado servidor a partir de referenciais básicos. Por exemplo: a função que exerce, o número de filhos, o local onde está; quer dizer, isso permite que se componha a partir da própria legislação. Não é preciso, portanto, entrar no quadro orçamentário ou nos critérios administrativos eventualmente existentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aparência de riqueza não decorre da divulgação dos vencimentos percebidos. E há o risco, como sempre salientou o Ministro Marcelo Pimentel, de ter-se os penduricalhos escamoteados.

EXTRATO DA ATA

SS 3.902-AgR-segundo/SP — Relator: Ministro Vice-Presidente. Agravantes: Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público do Município de São Paulo – Sinesp e Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros (Advogados: Horácio Luiz Augusto da Fonseca e outros e Rafael Ney Fonseca e outros). Agravado: Município de São Paulo (Procurador: Procurador-Geral do Município de São Paulo) (Advogados: Cândido Rangel Dinamarco e outros e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e outros).

Decisão: Por unanimidade e nos termos do voto do Relator, o Tribunal desproveu os recursos de agravos regimentais. Ausente o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em razão do falecimento de seu tio, o Professor Juarez Rubens Brandão Lopes, em São Paulo. Presidiu o julgamento o Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). 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, 9 de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.167 — DF
(ADI 4.167-MC na *RTJ* 210/629)

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Governador do Estado do Paraná, Governador do Estado de Santa Catarina, Governadora do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Ceará — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional — *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – Contee, Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – Sismmac, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – Sindiupes, Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – Sintego e Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – Sindifort

Constitucional. Financeiro. Pacto federativo e repartição de competência. Piso nacional para os professores da educação básica.

Conceito de piso: vencimento ou remuneração global. Riscos financeiro e orçamentário.

Jornada de trabalho: fixação do tempo mínimo para dedicação a atividades extraclasse em um terço da jornada.

Arts. 2º, § 1º e § 4º; 3º, *caput*, II e III; e 8º, todos da Lei 11.738/2008. Constitucionalidade. Perda parcial de objeto.

1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008).

2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador.

3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de um terço da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

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, em 6-4-2011, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, por maioria, julgar improcedente a ação direta quanto ao § 1º do art. 2º, aos incisos II e III do art. 3º e ao art. 8º, todos da Lei 11.738/2008, com a ressalva do voto do Ministro Gilmar Mendes, que dava interpretação conforme no sentido de que a referência do piso salarial é a remuneração, e vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente. Em seguida, após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), que julgava improcedente a ação quanto ao § 4º do art. 2º da lei impugnada, no que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Ayres Britto, e os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, foi o julgamento suspenso para aguardar o voto do Ministro Cezar Peluso (Presidente), nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868/1999. Em 27-4-2011, foi colhido o voto do Presidente, Ministro Cezar Peluso, que julgou procedente a ação relativamente ao § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, assim, o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 27 de abril de 2011 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelos Governadores dos Estados do *Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul* e *Ceará* contra os arts. 2º, § 1º e § 4º; 3º, *caput*, II e III; e 8º, todos da Lei 11.738/2008.

O texto impugnado foi assim redigido:

> Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
>
> § 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.
>
> (...)
>
> § 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

(...)

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

(...)

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o *caput* deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

(...)

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Após expressar concordância com a necessidade de a Federação adotar piso salarial para os profissionais da educação básica pública, nos termos do art. 206, VIII, da Constituição e do art. 60, III, *c*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os requerentes afirmam que o alcance dos instrumentos escolhidos pela União são desproporcionais e não têm amparo orçamentário. Dizem, também, que as normas se distanciaram de seu fundamento de validade ao versarem sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais, matéria estranha ao estabelecimento do piso salarial.

Segundo entendem, a imposição de parâmetros para a jornada de trabalho dos servidores estaduais e municipais prevista no art. 2º, § 1º – no que se refere à expressão para a jornada de, no máximo, quarenta horas – e § 4º da Lei 11.738/2008 viola a reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo para regular o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos Municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição).

Sustentam também que a planificação da carga horária da jornada de trabalho e de sua composição viola o pacto federativo (art. 1º, *caput* e § 1º, e art. 60, § 4º e I, da Constituição), na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração (art. 211, § 4º, da Constituição). Nesse sentido, a fixação da jornada de trabalho e as consequências dela decorrentes não podem ser consideradas meras diretrizes educacionais, aptas a promover a compatibilização da norma impugnada com a competência prevista no art. 22, XXIV, da Constituição.

O terceiro argumento lançado para afirmar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º [expressão para a jornada de, no máximo, quarenta horas] e § 4º, da Lei 11.738/2008 é calcado na premissa de que teria havido violação do princípio da proporcionalidade. Tanto no aspecto pedagógico, como no aspecto financeiro, a norma impugnada traria custos exagerados, segundo os propositores da ação direta. Para se adequar à planificação da jornada e de sua composição, tal como pretendida pela União, o ente federado teria de aumentar o número de professores. As novas contratações implicariam aumento de gastos com folha de remuneração e outros custos acessórios, e estes gastos seriam estimados em milhões de reais.

Em relação ao art. 3º, II e III, da Lei 11.738/2008, que estipula o cronograma de aplicação do que deveria ser o piso salarial, os requerentes apontam obstáculos constitucionais de duas ordens, ambas de alinhamento financeiro-orçamentário.

Em primeiro lugar, os requerentes se preocupam com o cálculo retroativo do pagamento dos valores devidos aos professores. Apontam que o *caput* do art. 3º prescreve expressamente que o valor tido por piso salarial passará a valer a partir de 1º-1-2008, e que seu pagamento se fará parte a partir de 1º-1-2009 e parte a partir de 1º-1-2010 (art. 3º, II e III, da Lei 11.738/2008). Contudo, a lei impugnada foi promulgada em 17-7-2008, momento em que "as leis orçamentárias estaduais se encontravam aprovadas ou em vias de aprovação" (fl. 15). Haveria, portanto, violação do art. 169, § 1º, da Constituição.

Por fim, os requerentes afirmam que a constitucionalidade da estipulação de piso salarial depende da restrição do alcance da expressão. Argumentam que piso salarial deve compreender todas as vantagens pecuniárias devidas ao professor em razão do exercício de sua profissão, de modo a não admitir no conceito o vencimento inicial da carreira. Se tal salvaguarda não for adotada, haverá violação do pacto federativo, pois:

> O que se quer dizer, aqui, é que a concretização do referido piso depende de sua adequação local – nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios – e que ignorar essa circunstância fará com que se tenha por ferido o princípio federativo, eis que assim é sempre que se desrespeita tema de competência dos entes federados em seus respectivos espaços de atuação.
> (Fl. 16.)

Na sessão de 17-12-2008, a Corte deferiu parcialmente a medida liminar pleiteada, em acórdão assim ementado:

> *Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar (art. 10 e § 1º da Lei 9.868/1999).*
>
> *Constitucional. Administrativo. Piso salarial nacional dos professores públicos de ensino fundamental. Lei federal 11.738/2008.*
>
> *Discussão acerca do alcance da expressão "piso" (art. 2º, caput e §1º). Limitação ao valor pago como vencimento básico inicial da carreira ou extensão ao vencimento global. Fixação da carga horária de trabalho. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo para dispor sobre o regime jurídico do servidor público (art. 61, § 1º, II, c, da Constituição). Contrariedade*

ao pacto federativo (art. 60, § 4º e I, da Constituição). Inobservância da regra da proporcionalidade.

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra o art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 11.738/2008, que estabelecem que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica.

2. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos Municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, *c,* da Constituição). Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, § 4º, I, e 211, § 4º, da Constituição. Inobservância da regra de proporcionalidade, pois a fixação da carga horária implicaria aumento imprevisto e exagerado de gastos públicos.

Ausência de plausibilidade da argumentação quanto à expressão "para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta horas)", prevista no art. 2º, § 1º. A expressão "de quarenta horas semanais" tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis.

Medida cautelar deferida, por maioria, para, até o julgamento final da ação, dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão somente, o vencimento básico inicial da carreira.

Ressalva pessoal do Ministro Relator acerca do *periculum in mora*, em razão da existência de mecanismo de calibração, que postergava a vinculação do piso ao vencimento inicial (art. 2º, § 2º). Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado.

Constitucional. Administrativo. Fixação da carga horária de trabalho. Composição. Limitação de dois terços da carga horária à interação com educandos (art. 2º, § 4º, da Lei 11.738/2008). Alegada violação do pacto federativo. Invasão do campo atribuído aos entes federados e aos Municípios para estabelecer a carga horária dos alunos e dos docentes. Suposta contrariedade às regras orçamentárias (art. 169 da Constituição). Aumento desproporcional e imprevisível dos gastos públicos com folha de salários. Impossibilidade de acomodação das despesas no ciclo orçamentário corrente.

3. Plausibilidade da alegada violação das regras orçamentárias e da proporcionalidade, na medida em que a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planificada, implicaria a necessidade de contratação de novos docentes, de modo a aumentar as despesas de pessoal. Plausibilidade, ainda, da pretensa invasão da competência do ente federado para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União.

Ressalva pessoal do Ministro Relator, no sentido de que o próprio texto legal já conteria mecanismo de calibração, que obrigaria a adoção da nova composição da carga horária somente ao final da aplicação escalonada do piso salarial. Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado.

Medida cautelar deferida, por maioria, para suspender a aplicabilidade do art. 2º, § 4º, da Lei 11.738/2008.

Constitucional. Administrativo. Piso salarial. Data de início da aplicação. Aparente contrariedade entre o disposto na cláusula de vigência existente no caput do art. 3º da Lei 11.738/2008 e o veto aposto ao art. 3º, I, do mesmo texto legal.

4. Em razão do veto parcial aposto ao art. 3º, I, da Lei 11.738/2008, que previa a aplicação escalonada do piso salarial já em 1º de janeiro de 2008, à razão de um terço, aliado à manutenção da norma de vigência geral inscrita no art. 8º (vigência na data de publicação, isto é, 17-7-2008), a expressão "o valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008", mantida, poderia ser interpretada de forma a obrigar o cálculo do valor do piso com base já em 2008, para ser pago somente a partir de 2009.

Para manter a unicidade de sentido do texto legal e do veto, interpreta-se o art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009.

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade concedida em parte.

O Senado Federal (fls. 929-940), a Câmara dos Deputados (fls. 849-850) e a Presidência da República (fls. 860-897) prestaram informações.

A Advocacia-Geral da União, à época dirigida pelo Ministro Dias Toffolli, defendeu a constitucionalidade do texto impugnado (fls. 900-926).

As seguintes entidades estão cadastradas como *amici curiae*:

• *Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino (Contee);*

• *Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba (Sismmac);*

• *Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE);*

• *Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo (Sindiupes);*

• *Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás (Sintego);*

• *Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (Sindifort).*

Manifestação da Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, à fl. 1045.

Indeferi pedido de desistência formulado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Trago o exame do mérito da ação ao exame da Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Inicio a análise pelo art. 2º, § 1º, da Lei 11.737/2008.

O art. 2º, *caput*, da Lei 11.738/2008 estabelece que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica será de

novecentos e cinquenta reais. Nos termos do respectivo § 1º, o valor se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica.

Os requerentes não se opõem à fixação do piso salarial para os professores que atuam nos serviços de educação básica oferecidos pelo Estado. Insurgem-se especificamente contra dois aspectos da norma impugnada, que são (a) a fixação da jornada de trabalho em, no máximo, quarenta horas semanais e (b) a associação dos conceitos de piso salarial e de vencimento inicial, pois piso deve ser definido como parâmetro de remuneração.

Mantenho o entendimento já externado no julgamento da medida cautelar, para julgar compatível com a Constituição a definição da jornada de trabalho. A jornada de quarenta horas semanais tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis. Profissionais com carga horária diferenciada, para mais ou para menos, por óbvio, terão valores proporcionais como limite mínimo de pagamento.

Passo a examinar o conceito de piso salarial.

A legislação é destinada a pautar a conduta de todo e qualquer cidadão. Portanto, temos que assumir que o legislador tem por princípio redigir os textos legais com a preocupação de se fazer entender de modo claro e inequívoco. Excetuados os quase herméticos textos da legislação tributária, parto da premissa de que o legislador utiliza linguagem natural, de modo a usar as palavras em seu sentido comum ou usual.

Sempre que o legislador entende necessário adotar um sentido específico ou criar um vocábulo até então inédito, ele o faz expressamente por meio de definições legais.

Ocorre que a lei não traz definição expressa para o que se deve entender por "piso", considerada a diferença entre remuneração global (consideradas as gratificações e as vantagens) e vencimento básico (sem gratificações ou vantagens).

Apenas para efeito de comparação, aponto a distinção feita para o funcionalismo federal:

> Lei 8.112/1990
>
> Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.
>
> (...)
>
> Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

A expressão "piso" tem sido utilizada na Constituição e na legislação para indicar o limite mínimo que deve ser pago a um trabalhador pela prestação de seus serviços. A ideia, de um modo geral, remete à "remuneração", isto é, o valor global recebido pelo trabalhador, independentemente da caracterização ou da classificação de cada tipo de ingresso patrimonial. Nesta acepção, o estabelecimento de pisos salariais visa a garantir que não haja aviltamento do trabalho ou a exploração desumana da mão de obra.

Mas este não é o caso da legislação impugnada.

Não obstante, a despeito dos esforços, os textos legais podem ser vagos e ambíguos. Admito que a expressão "piso salarial" pode ser interpretada em consonância com a intenção de fortalecimento e aprimoramento dos serviços educacionais públicos. De fato, a Constituição toma a ampliação do acesso à educação como prioridade, como se depreende de uma série de dispositivos diversos (cf., *e.g.*, os arts. 6º, *caput*; 7º, IV; 23, V; 150, VI, *c*; e 205). Remunerar adequadamente os professores e demais profissionais envolvidos no ensino é um dos mecanismos úteis à consecução de tal objetivo.

Ilustro com um exemplo hipotético. Imagine-se que um determinado ente federado crie salutar gratificação ou bônus baseado na excelência do desempenho de seu servidor. Se o piso compreender a remuneração global do professor, o pagamento da gratificação poderá igualar ou superar o limite mínimo, de modo a anular ou mitigar ambos os incentivos para o profissional assíduo. Ao mesmo tempo, profissionais que não atenderam às condições para receber a gratificação por desempenho poderão ter remuneração igual ou próxima daquela recebida pelo professor recipiente da distinção de excelência.

Assim, haveria perceptível desestímulo às políticas de incentivo e responsabilidade necessárias ao provimento de serviços educacionais de qualidade pelo Estado baseados em critério relevantíssimo: o mérito.

Também não observo qualquer risco ao pacto federativo ou à esfera de competência própria dos entes federados (arts. 22, XXIV, 24, IX, e 214 da Constituição e art. 60, § 3º, do ADCT). A competência da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação e fixar o piso salarial profissional para os professores do magistério público da educação básica compreende definir se "piso" se refere à remuneração global (opção por proteção mínima) ou ao vencimento básico (política de incentivo).

Lembro, por oportuno, que não há restrição constitucional à adoção de conceito mais estrito para "piso salarial", de forma a tornar o dispositivo mais um mecanismo de fomento da educação do que simples norma de proteção mínima do trabalhador.

Por outro lado, no julgamento da medida cautelar, aludi à norma de transição que conferia aos entes federados margem temporal para estudo e possível adequação das consequências financeiras que poderiam advir da equiparação do piso ao vencimento básico.

Dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei 11.738/2008:

> Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:
>
> (...)
>
> § 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

A existência de regime de transição implica reconhecer que o objetivo da norma é definir que o piso não compreende "vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título", isto é, refere-se apenas ao vencimento (valor diretamente relacionado ao serviço prestado). De outra forma, a distinção seria inócua e ociosa.

Em suma, entendo ser improcedente o pedido para interpretar "piso" como "remuneração global".

(Sobre o art. 2º, § 4º, da Lei 11.738/2008)

Passo a examinar a norma que estabelece o limite de, no máximo, dois terços da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos, na composição da jornada de trabalho do professor da educação básica (art. 2º, § 4º).

Seabra Fagundes ponderava, em 1970, que as aspirações federalistas brasileiras nasceram antes da vastidão do território nacional do que "do empenho de conduzir situações e problemas em conformidade com peculiaridades locais". O autor cita, como exemplo, que a diversidade de currículos dos estabelecimentos de ensino, presente na Lei de Diretrizes e Bases da Educação da época, ampliou a autonomia dos Estados, "sem jamais ter sido reivindicada por eles".

Nos tempos atuais, penso que a preservação do campo de autonomia local em matéria educacional tem legítimo lugar no modelo de pacto federativo que se constrói desde a promulgação da Constituição de 1988, desde que ponderada à luz do fundamento que anima a adoção de normas gerais na Federação.

Porém, a fixação em exame é adequada e proporcional à luz da situação atual. Em especial, a existência de normas gerais não impede os entes federados de, no exercício de sua competência, estabelecer programas, meios de controle, aconselhamento e supervisão da carga horária que não é cumprida estritamente durante a convivência com o aluno.

No ponto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

(Sobre os arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008)

Em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008, assento a perda de objeto desta ação.

Ambos os artigos versavam sobre o cronograma de aplicação do piso, que venceu em janeiro de 2010. Assim, a norma esgotou sua função.

(Risco orçamentário – art. 169)

Por fim, abordo as aflições dos Estados autores quanto ao risco de desequilíbrio orçamentário.

O exame da alegada falta de recursos para custeio do novo piso depende da coleta de dados específicos para cada ente federado, considerados os exercícios financeiros. Não é possível, em caráter geral e abstrato, presumir a falta de recursos. Em especial, eventuais insuficiências poderão ser supridas por recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb e pela União, cujas consideráveis receitas incluem recursos das contribuições sociais destinadas à educação (*e.g.*, "salário-educação").

A questão federativa relevante é se o aumento do dispêndio com remuneração violaria a autonomia dos entes federados por vincular recursos e reduzir o campo de opções do administrador público (dinheiro que poderia ser gasto em outros pontos acabarão canalizados para a folha de salários). Mas relembro que os Estados-membros e a população dos Municípios fazem parte da vontade política da União, representados no Senado e na Câmara dos Deputados, respectivamente. Lícito pensar, portanto, que os demais entes federados convergiram suas vontades à aparente limitação prática de suas escolhas no campo dos serviços educacionais.

(Síntese)

Em suma, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade e a julgo improcedente.

Fixo, também, a perda de objeto desta ação quanto aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, vou me valer da intervenção do Ministério Público para tecer algumas digressões, exatamente sob o aspecto do pacto federativo e da lei que está *sub judice*.

Conforme é cediço, Senhor Presidente, toda competência, inclusive a jurisdicional, nada mais é do que uma divisão de poder. E, no nosso modelo de federalismo brasileiro, os critérios de competência obedecem, realmente, aos

interesses gerais, aos interesses regionais ou locais, preestabelecidos na Constituição Federal, ou ainda, se não preestabelecidos, dela inferidos da Constituição. O certo é que, do poder geral, parte-se para os poderes locais, que podem ser originários ou suplementares.

A *vexata quaestio* posta nessa declaração de inconstitucionalidade se situa, exatamente, nessa zona híbrida entre esses denominados poderes concorrentes. E quem quer que faça uma análise do federalista, obra importantíssima para essa concepção do estado federal, há de verificar a diferença entre modelo federal norte-americano, em que as unidades têm mais autonomia do que as nossas, e o modelo brasileiro. Por isso é que a União Federal concentra alguns poderes que lhe são exclusivos, sem prejuízo de poderes concorrentes, mas que não podem ser excludentes dos poderes da União, nem mesmo se supervenientemente surgir a possibilidade de a União legislar sobre aquele tema.

Então, sob esse ângulo, Senhor Presidente, que foi exatamente aquele destacado pelo ilustre representante do Ministério Público, verifica-se que compete à União e à própria Carta Federal – e nós não temos competência para declararmos a Constituição Federal inconstitucional – estabelecer como princípio básico, fixado pela União Federal, a garantia desse piso salarial profissional nacional para os profissionais de educação, escola pública, nos termos da lei federal, estabelecer as diretrizes e bases da educação e outras medidas que estão aqui enunciadas e que fazem parte do nosso ideário pós-positivista de valorização da educação, de valorização dos seus profissionais, que, na essência, acaba resvalando para a própria dignidade do trabalho do professor, que é, efetivamente, uma atividade que está muito aproximada, até, de uma ordem sacra. Vossa Excelência, que tanto gosta das passagens de Rui Barbosa, dizia ele que, na ordem da sacralidade das palavras, a fala, a mocidade, vinha apenas abaixo da oração. Então, realmente, é uma tarefa sacerdotal essa dos professores.

Prosseguindo nesse raciocínio, por que razão o art. 206 estabelece essa necessidade de fixação desse piso salarial? Exatamente para atender a esse grande escopo de valorizar de maneira uniforme, homogênea e isonômica, todos os profissionais da área de educação. E por que o piso engloba tudo? Da mesma maneira que o piso da magistratura engloba tudo. Hoje em dia, estamos vivendo a era da transparência. É preciso que isso seja fixado de maneira cristalina para que não haja divergência entre as diversas regiões do País.

De sorte que, num primeiro momento, eu não enxergo absolutamente nenhuma invasão de competência à luz do art. 206 da Constituição Federal, nenhuma ruptura do pacto federativo; pelo contrário, está aqui a União Federal cumprindo o seu dever constitucional. E não é possível falar em piso salarial sem falar em jornada de trabalho. É, absolutamente, impossível aduzir a esse piso salarial, sem a jornada de trabalho.

Considerando que o eminente Relator – a quem eu peço vênia para tecer estas considerações – julgou prejudicada a declaração de constitucionalidade contra o art. 3º, porque seus efeitos financeiros já se produziram, subjaz esta

questão da interação colunadas nestes dois terços da carga horária. Ora, *data maxima venia*, parece evidente que isso é uma diretriz que também tem que ser uniforme. Quer dizer, uma diretriz traçando piso nacional de salário, jornada de trabalho, evidentemente – que também como princípio geral –, tem que dizer como nacionalmente deve se comportar a educação no Brasil, ou seja, os professores têm que passar dois terços dentro da sala de aula. Poder-se-á aduzir: não, mas isso traz assim prejuízos e impactos econômicos – eu até acredito que haja –, muito embora Sua Excelência, o Ministro Relator, tenha ressaltado com muita veemência que todos tiveram tempo suficiente para se adaptarem à lei. Isso foi destacado da tribuna, pelo ilustre representante do Ministério Público. Mas, ainda que assim não o fosse, a jurisprudência desta Corte não se sensibiliza com esses argumentos de natureza econômica para o fim de não declarar, ou de declarar a inconstitucionalidade da lei.

Eu trago, aqui, alguns precedentes na ADI 1.585, do Ministro Sepúlveda Pertence, onde está assentada na ementa:

> Despesas de pessoal: limite de fixação delegada pela Constituição à lei complementar (CF, art. 169), o que reduz sua eventual superação à questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade, a cuja verificação não se presta a ação direta; existência, ademais, no ponto, de controvérsia de fato para cujo deslinde igualmente é inadequada a via do controle abstrato de constitucionalidade. II. Despesas de pessoal: aumento subordinado à existência de dotação orçamentária suficiente e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 169, parágrafo único, I e II): além de a sua verificação em concreto depender da solução de controvérsia de fato sobre a suficiência da dotação orçamentária e da interpretação da LDO, inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo: precedentes.

E este entendimento de que esses aspectos econômicos não devem fluir, vêm repisados, Senhor Presidente e egrégio Plenário, na ADI 2.339, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão e, mais recentemente, na ADI 3.599, do Ministro Gilmar Mendes.

De sorte, Senhor Presidente, que não vislumbrando, absolutamente, nenhuma ruptura do pacto federativo, nenhuma invasão na esfera de competência das entidades locais; muito ao contrário, observando que a Constituição Federal cumpriu o ideário da nação e a principiologia estabelecida nos princípios gerais e nos encartados no art. 206, mercê de considerar-se prejudicado por perda de objeto o art. 3º da lei em foco, peço vênia para rejeitar a declaração de inconstitucionalidade.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelos Governadores de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio

Grande do Sul e Ceará contra os arts. 2º, § 1º e § 4º; 3º, *caput*, incisos II e III; e 8º da Lei 11.738/2008, que "regulamenta a alínea *e* do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica".

São os dispositivos ora impugnados:

> Lei 11.738, de 16 de julho de 2008.
>
> (...)
>
> Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
>
> § 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.
>
> (...)
>
> § 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.
>
> (...)
>
> Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:
>
> I – (VETADO);
>
> II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;
>
> III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.
>
> (...)
>
> Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Os autores sustentam que o art. 2º, § 1º e § 4º, dessa lei cuida de jornada de trabalho dos professores estaduais e municipais da educação básica, matéria que não seria autorizada pela Constituição da República para ser versada em lei nacional.

Afirmam que, "por força do art. 8º, esta disposição se encontraria em vigor desde o dia 17 de julho, sem que a Estados, Distrito Federal e Municípios tenha sido dada oportunidade sequer de compreender e estimar a repercussão que a regra, que não é prevista pelas normas constitucionais, poderia acarretar".

Questionam, ainda, a constitucionalidade do art. 3º da Lei 11.738/2008, ao argumento de que esse dispositivo teria fixado "piso retroativo e determin[ado], em seus incisos, a sua implantação sob forma de vencimento inicial, já a partir de 1º de janeiro de 2009, sem levar em consideração qualquer norma de ordem

orçamentária e tampouco a situação concreta de Estados, Distrito Federal e Municípios".

2. Na assentada de 17-12-2008, o Plenário deste Supremo Tribunal deferiu parcialmente a cautelar requerida, para a) dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que, até o julgamento final da ação, a referência do piso salarial é a remuneração; b) suspender os efeitos do § 4º do art. 2º; e c) dar interpretação conforme ao art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009, como se lê:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar (art. 10 e § 1º da Lei 9.868/1999). Constitucional. Administrativo. Piso salarial nacional dos professores públicos de ensino fundamental. Lei federal 11.738/2008. Discussão acerca do alcance da expressão "piso" (art. 2º, caput e §1º). Limitação ao valor pago como vencimento básico inicial da carreira ou extensão ao vencimento global. Fixação da carga horária de trabalho. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo para dispor sobre o regime jurídico do servidor público (art. 61, § 1º, II, c, da Constituição). Contrariedade ao pacto federativo (art. 60, § 4º e I, da Constituição). Inobservância da regra da proporcionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra o art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 11.738/2008, que estabelecem que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica. 2. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos Municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição). Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, § 4º, I, e 211, § 4º, da Constituição. Inobservância da regra de proporcionalidade, pois a fixação da carga horária implicaria aumento imprevisto e exagerado de gastos públicos. Ausência de plausibilidade da argumentação quanto à expressão "para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta horas)", prevista no art. 2º, § 1º. A expressão "de quarenta horas semanais" tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis. Medida cautelar deferida, por maioria, para, até o julgamento final da ação, dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão somente, o vencimento básico inicial da carreira. Ressalva pessoal do Ministro Relator acerca do *periculum in mora*, em razão da existência de mecanismo de calibração, que postergava a vinculação do piso ao vencimento inicial (art. 2º, § 2º). Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado. *Constitucional. Administrativo. Fixação da carga horária de trabalho. Composição. Limitação de dois terços da carga horária à interação com educandos (art. 2º, § 4º, da Lei 11.738/2008). Alegada violação do pacto federativo. Invasão do campo atribuído aos entes federados e aos Municípios*

para estabelecer a carga horária dos alunos e dos docentes. Suposta contrariedade às regras orçamentárias (art. 169 da Constituição). Aumento desproporcional e imprevisível dos gastos públicos com folha de salários. Impossibilidade de acomodação das despesas no ciclo orçamentário corrente. 3. Plausibilidade da alegada violação das regras orçamentárias e da proporcionalidade, na medida em que a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planificada, implicaria a de contratação de novos docentes, de modo a aumentar as despesas de pessoal. Plausibilidade, ainda, da pretensa invasão da competência do ente federado para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União. Ressalva pessoal do Ministro Relator, no sentido de que o próprio texto legal já conteria mecanismo de calibração, que obrigaria a adoção da nova composição da carga horária somente ao final da aplicação escalonada do piso salarial. Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado. Medida cautelar deferida, por maioria, para suspender a aplicabilidade do art. 2º, § 4º, da Lei 11.738/2008. *Constitucional. Administrativo. Piso salarial. Data de início da aplicação. Aparente contrariedade entre o disposto na cláusula de vigência existente no caput do art. 3º da Lei 11.738/2008 e o veto aposto ao art. 3º, I, do mesmo texto legal*. 4. Em razão do veto parcial aposto ao art. 3º, I, da Lei 11.738/2008, que previa a aplicação escalonada do piso salarial já em 1º de janeiro de 2008, à razão de um terço, aliado à manutenção da norma de vigência geral inscrita no art. 8º (vigência na data de publicação, isto é, 17-7-2008), a expressão "o valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008", mantida, poderia ser interpretada de forma a obrigar o cálculo do valor do piso com base já em 2008, para ser pago somente a partir de 2009. Para manter a unicidade de sentido do texto legal e do veto, interpreta-se o art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade concedida em parte.

3. De início, verifico que, quanto à interpretação conforme dada em cautelar por este Plenário ao art. 3º, *caput*, da lei questionada para que as obrigações relativas ao piso salarial estabelecido fossem calculadas a partir de 1º de janeiro de 2009, houve o exaurimento dos efeitos desse dispositivo no mundo jurídico, pelo que se tem a perda de objeto desta ação direta nesse ponto e também quanto ao previsto no art. 8º da Lei 11.738/2008, que determina a vigência a partir da publicação dessa lei.

4. Há três outros pontos para tratar nesta ação direta: a) a possibilidade de fixação da jornada de trabalho dos professores estaduais e municipais na lei ora atacada; b) o conceito de piso salarial (se remuneração ou vencimento básico inicial) e c) limitação de dois terços da carga horária do professor voltada à interação com o aluno.

Quanto ao primeiro ponto, na assentada em que foi deferida a cautelar, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, concluiu o seguinte:

> Entendo ausente a densa plausibilidade da alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo local (art. 61, § 1º, II, da Constituição), do pacto federativo (arts. 1º, *caput*, 25, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, I, da Constituição) e da proibição de excesso (razoabilidade e proporcionalidade), no que se refere à fixação da jornada de trabalho. A jornada de quarenta horas semanais tem por função

> compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis. Profissionais com carga horária diferenciada, para mais ou para menos, por óbvio, terão valores proporcionais como limite mínimo de pagamento.

Os argumentos trazidos pelo Relator, que levaram este Supremo Tribunal a manter os efeitos do art. 2º, § 1º, da Lei 11.738/2008, são suficientes para que não se declare a inconstitucionalidade desse dispositivo, pois há relação lógica necessária entre o valor estabelecido como "piso salarial" e sua correspondente jornada de trabalho máxima. Se essa vinculação não fosse fixada em lei, haveria possibilidade de inobservância da finalidade principal da norma, cuja importância é reconhecida pelos próprios autores desta ação direta.

5. No julgamento da medida cautelar, acompanhei a divergência inaugurada pelo saudoso Ministro Menezes Direito apenas quanto à impossibilidade de limitação máxima de dois terços da carga horária para interação do professor com o educando e quanto ao que corresponderia o piso salarial, se à remuneração global ou ao vencimento básico.

Quanto à limitação da carga horária máxima de interação com o educando, ressaltou o saudoso Ministro Menezes Direito:

> No segundo ponto, Senhor Presidente, é a impugnação no que concerne ao § 4º do art. 2º da Lei. Aí, vou pedir vênia ao eminente Ministro Joaquim Barbosa para divergir no sentido de entender que especificamente, pelo menos num primeiro exame, essa disciplina invade a competência estatal no que concerne à distribuição da carga horária. No momento em que autorizarmos a União a estabelecer que num determinado Município – pequeno, médio ou grande – a carga horária deve ser distribuída de uma determinada maneira, poderemos até mesmo criar um tipo de ociosidade na atividade docente. Isso pode não se aplicar, por exemplo, no caso das escolas de ensino médio, que são da responsabilidade do Estado e que normalmente não são em quantidade suficiente para a recepção dos alunos que demandam o ensino de ensino médio. Mas certamente o é no que concerne ao ensino básico. Temos Municípios, e não precisamos ir até os Estados mais interioranos, mas nos grandes Estados brasileiros, como o próprio Estado do Rio de Janeiro, muito pequenos, em que não há como justificar essa limitação da carga horária docente dentro da sala de aula, porque o contato, a interação do professor com os alunos e com a comunidade é intensa. Até porque a própria comunidade propicia esse tipo de interação.
>
> Eu diria, portanto, que, neste caso, em que há uma consequência imediata, e todos aqueles que tiveram a felicidade de trabalhar na área do ensino vão compreender, que, se tivermos uma imediata exigência desta aplicação, certamente, independentemente da análise possível da Lei de Responsabilidade Fiscal, iríamos impor uma contratação de professores em determinadas áreas, em determinados locais, o que iria, a meu sentir pelo menos, criar uma enorme dificuldade. Daí a subsistência do *periculum in mora* no que concerne ao pedido inicial para que fosse deferida a medida cautelar.
>
> Portanto, neste caso do § 4º do art. 2º, defiro a medida cautelar no sentido de aguardar essa distribuição de carga horária, mesmo porque tenho absoluta

> consciência de que tanto os Estados quanto principalmente os Municípios saberão organizar essa carga horária, e a suspensão desse dispositivo não vai acarretar uma redução no objetivo central de valorização da educação brasileira e, particularmente, de valorização do professor como um todo.

Também nesse ponto deve ser mantida a cautelar deferida, para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, por contrariar o art. 61, § 1º, inciso II, alínea *c*, da Constituição da República, aplicável aos Estados pelo princípio da simetria.

Há de se ressaltar que, apesar de estar o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos § 1º e § 4º do art. 2º da lei ora atacada baseado em idêntico fundamento (inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa), as conclusões distintas aqui expostas (constitucionalidade do § 1º e inconstitucionalidade do § 4º) devem ser compreendidas.

Como afirmado, o § 1º do art. 2º da Lei 11.738/2008, ao dispor sobre a jornada máxima de trabalho semanal do professor, visa atender a finalidade da lei de fixar um piso salarial nacional.

Contudo, ao cuidar especificamente da composição da carga horária do professor, o legislador usurpou a iniciativa privativa do chefe do Executivo para dispor sobre os servidores públicos da respectiva unidade federativa, pelo que o § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008 deve ser declarado inconstitucional.

6. Quanto ao estabelecido no art. 2º da lei ora atacada, no julgamento cautelar, este Supremo Tribunal fixou que o piso salarial estabelecido seria identificado como a remuneração, e não tão somente como vencimento básico inicial da carreira, até o julgamento de mérito da presente ação direta.

Nesse ponto, importante rever a progressão de estabelecimento do piso, prevista no art. 3º da Lei 11.738/2008:

> Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:
>
> I – (VETADO);
>
> II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;
>
> III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.
>
> § 1º A integralização de que trata o *caput* deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
>
> § 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Independentemente da interpretação conforme dada ao art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º de janeiro de 2009, os efeitos do art. 3º, inciso III, § 1º e § 2º, da Lei 11.738/2008 não foram suspensos, e a integralização do valor do piso salarial sem a inclusão de outras vantagens pecuniária tornou-se exigível em 1º de dezembro de 2010.

Logo, não se pode manter a correspondência inicialmente fixada do piso salarial à remuneração, devendo ele ser entendido como vencimento básico inicial.

Pelo exposto, **voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal apenas do § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, e julgar prejudicado o pedido quanto ao art. 3º, *caput*, dessa lei, pois a norma nele contida já exauriu seus efeitos no mundo jurídico**.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, inicialmente quero dizer que – principalmente o Relator e o Ministro Luiz Fux que já se pronunciaram – todos estamos de acordo quanto ao atendimento dos princípios básicos por esta lei no que concerne a ela ter vindo, exatamente, implementar aquilo que foi fixado pela Constituição, essencialmente em seu art. 206.

E, tal como já tinha votado, pelo menos em parte, na medida cautelar que eu vou manter, no que se refere especificamente ao § 4º, vou pedir vênia ao Ministro Luiz Fux para acompanhar o Ministro Relator julgando parcialmente procedente a ação e, em parte, prejudicada pela perda do objeto quanto aos arts. 3º e 8º.

E, rapidamente, quero apenas reiterar que, quanto ao § 4º, que fixa a jornada, quando votamos na medida cautelar, acompanhei o que naquela ocasião foi a divergência inaugurada pelo saudoso Ministro Menezes Direito, o qual afirmava exatamente sobre esse § 4º:

> Peço vênia ao eminente Joaquim Barbosa para divergir, pelo menos num primeiro exame. Essa disciplina invade a competência estatal no que concerne à distribuição da carga horária. No momento em que autorizarmos a União a estabelecer que, num determinado município, pequeno, médio ou grande, a carga horária deva ser distribuída de uma determinada maneira, poderemos até mesmo criar um tipo de ociosidade na atividade docente [e ele não afirmava nem enfatizava não era o ócio, era até a necessidade de outras pessoas para se cumprir aquela exigência].

Ele disse então:

> Isso pode não se aplicar, por exemplo, no caso de escolas de Ensino Médio, que são da responsabilidade do Estado, que normalmente não são em quantidade suficiente para a recepção dos alunos que demandam o Ensino Médio, mas certamente é no que concerne ao Ensino Básico. Temos Municípios [ele dizia] e não precisamos até Estados outros, mas os grandes Estados como o próprio Estado do Rio de Janeiro, em que há Municípios muito pequenos nos quais não há como justificar a limitação da carga horária docente dentro da sala de aula.

E explicitava exatamente porque, neste caso, o § 4º do art. 2º, de alguma forma, criava, pelo menos, uma situação em que a autonomia federativa não poderia ser exercida plenamente por essa entidade local. E continuo – da análise que fiz – entendendo que realmente o município é que pode fixar, diante das peculiaridades locais, esta demanda e como dela cuidar, desde que atendidas as normas constitucionais especificamente quanto à garantia do aperfeiçoamento, e da valorização do Magistério.

Por essa razão, reitero meu voto antes proferido, em sede de cautelar e, aqui, a minha conclusão é, rigorosamente, no sentido de acompanhar o Ministro Relator. Estou, portanto, julgando parcialmente procedente a ação no que se refere exclusivamente à inconstitucionalidade do § 4º do art. 2º, mantendo-se a íntegra quanto ao mais e acentuando o prejuízo da ação quanto às normas cuja eficácia se tenha exaurido.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, inicialmente louvo o brilhante voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa, muito profundo do ponto de vista doutrinário, também muito consciente do ponto de vista político-institucional. Também cumprimento os advogados que se sucederam na tribuna, especialmente a nossa Procuradora-Geral.

Na esteira do que disse Sua Excelência, principio, também, fazendo algumas observações quanto à natureza do nosso federalismo. Nós, com muita clareza, ao longo dos anos, desde que o nosso federalismo foi instituído na Constituição de 1891, a nossa primeira Constituição republicana, transitamos de um federalismo dual para um federalismo cooperativo ou um federalismo de integração. Federalismo dual é aquele criado na Constituição norte-americana de 1787, em que existiam duas esferas as quais eram compartimentos estanques que não tinham nenhuma interligação. Com a evolução dos tempos, notadamente depois da Primeira e da Segunda Guerra Mundial, com o Estado intervencionista, passamos, nos Estados que adotaram esse modelo federativo, para um federalismo de cooperação, em que se abandonou aquele modelo de duas esferas estanques no que diz respeito às competências para um modelo em que os entes federativos passaram a cooperar efetivamente em benefício do bem comum, do bem maior do próprio Estado, que é um único ente.

E esse é o estado federal que hoje adotamos, e, como já foi dito aqui, na nossa Constituição, cada estado federal distingue-se um do outro pela sua conformação constitucional.

Do âmbito da educação, o constituinte de 1988 criou um determinado modelo muito claro: conferiu à União diversas competências para atuar, em âmbito nacional, em estreita cooperação com os demais entes federados, com os Estados, com os Municípios e com o próprio Distrito Federal, que é um ente híbrido, como todos nós sabemos, exatamente para dar efetividade, dentre outros preceitos ou mandamentos, àquele que consta no art. 3º, III, logo no vestíbulo da nossa Carta Magna,

que é, exatamente, aquele desiderato de reduzir as desigualdades sociais e regionais. E a educação é um instrumento, por excelência, para atingir esse objetivo.

No particular, o constituinte previu, como já foi dito aqui também, especificamente, no art. 206, VIII, do texto magno, que lei federal – diz expressamente – estabelecerá um piso salarial para professores, tendo em conta a valorização dos profissionais da educação a que alude o inciso V.

Portanto, não é de se estranhar que exista uma lei federal que vá estabelecer o piso salarial. Não há nenhuma inconstitucionalidade nesse aspecto pelo fato de a União, por meio de um ato normativo próprio, estabelecer esse piso salarial.

Além disso, foi dito da tribuna também e por outros Ministros que já se pronunciaram que a Constituição previu, de forma taxativa, no art. 214, que: "A lei estabelecerá o plano nacional de educação (...)" – fixando diretrizes, objetivos, metas, estratégias, para alcançar, nos termos do art. 3º, a melhoria da qualidade do ensino. Portanto, o piso salarial está estreitamente vinculado a essa ideia de melhoria da qualidade do ensino.

Eu concordo com o Relator de que não existe qualquer inconstitucionalidade no que diz respeito à edição dessa lei por parte da União Federal.

Concordo também com Sua Excelência, o Ministro Joaquim Barbosa, no que diz respeito à fixação de uma carga horária de quarenta horas, porque, como foi, inclusive, assentado pela Advocacia-Geral da União, não apenas oralmente, mas também em seu memorial, isso evita uma burla, evita a possibilidade de manipulação por parte dos Estados e dos Municípios, alterando a carga horária para fugir desse piso salarial, nacionalmente estabelecido pela União.

Concordo também com Sua Excelência que equiparar o piso à remuneração, que corresponde ao vencimento, acrescido de vantagens pecuniárias, esvaziaria não apenas o espírito da lei, mas também tornaria inócuos os eventuais estímulos salariais conferidos pelos entes federados.

Penso também que se houve com acerto o legislador federal, ao estabelecer que o piso salarial corresponde ao vencimento básico do cargo.

Eu ousaria, acompanhando agora a divergência iniciada pelo Ministro Luiz Fux, entender que o § 4º também não fere a Constituição pelos motivos que acabei de enunciar, pois a União tem uma competência bastante abrangente no que diz respeito à educação.

Eu entendo que a fixação de um limite máximo de dois terços para as atividades de interação com os alunos, ou, na verdade, para a atividade didática, direta, em sala de aula, mostra-se perfeitamente razoável, porque sobrará apenas um terço para as atividades extra-aula.

Quem é professor sabe muito bem que essas atividades extra-aula são muito importantes. No que consistem elas? Consistem naqueles horários dedicados à preparação das aulas, encontros com pais, com colegas, com alunos, reuniões pedagógicas, didáticas; portanto, a meu ver, esse mínimo faz-se necessário para a melhoria da qualidade do ensino e também para a redução das desigualdades regionais.

Entendo, finalmente, da mesma forma como fez o Ministro Joaquim Barbosa, que não há nenhuma ofensa à autonomia financeira e orçamentária dos Estados porque a própria lei prevê o mecanismo de compensação e, ademais, deu um prazo de carência para que essa medida entrasse em vigor. Portanto, os entes federados puderam perfeitamente se adaptar a ela, tiveram um largo tempo para fazê-lo.

Acompanhando praticamente em quase tudo o brilhante voto do eminente Relator, eu ouso divergir apenas num pequeno aspecto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux, para considerar também constitucional o § 4º que limita a dois terços o desempenho de atividades em classe.

É como voto, Senhor Presidente, julgando totalmente improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, inicialmente gostaria de ressaltar – como já o fiz por ocasião da discussão da liminar – a importância deste projeto, deste modelo, que resultou na Lei 11.738/2008, que atende a uma pretensão de nacionalização e de universalização de critérios básicos em relação ao ensino. Mas, tal como já havia destacado, acompanhando algumas manifestações na assentada do julgamento da liminar, também entendo que há, sem dúvida, relevantes preocupações de índole federativa.

Sabemos que, entre nós, o discurso federativo é predominantemente um "discurso de domingo"; em alemão se diz que é S*onntagsrecht*. Falamos em favor da Federação aos domingos e, durante a semana, trabalhamos contra a Federação. Em geral, é assim.

Sabemos, também, que todas as corporações se organizam no sentido de fazer um tipo de soma de felicidades, de alguma forma. Quando se trata – e temos isso no próprio Judiciário – de obter vantagens que sejam universalizáveis, buscamos na Lei Orgânica da Magistratura, na Lei Orgânica do Ministério Público, nas Leis Orgânicas de Polícia, nas várias leis orgânicas, impondo, então, ônus os mais diversos aos Estados. Desde a carteirinha que se uniformiza até as vantagens de caráter individual, financeiro, elas estão estabelecidas no plano de leis federais.

Depois, às vezes, quando não se dá o atendimento completo de determinadas pretensões, então buscam-se algumas rebeldias em relação à legislação.

Sabemos disso em relação à Loman. Já é um mantra desta Corte a afirmação de que nenhuma vantagem deve ser estendida aos magistrados que não aquelas elencadas na Lei Orgânica da Magistratura. Não obstante, sabemos que vários Estados têm desenvolvido vantagens específicas e concedidas por leis recentes.

Assim, temos esse *mixtum compositum* um tanto quanto estranho.

No que diz respeito aos Estados, é evidente que também sabemos da situação de penúria por que passam alguns. Tivemos aquele julgamento sobre o Fundo de Participação dos Estados e verificamos que há alguns que dependem – para atender às suas despesas básicas, em torno de sessenta, às vezes cinquenta, quarenta,

trinta por cento – do repasse do Fundo de Participação dos Estados. Portanto, são totalmente dependentes para atender às despesas básicas desse repasse.

Nesse contexto, é fácil adivinhar o resultado de medidas que – caso não haja uma automatização, no que diz respeito à sistemática de repasse – vão refletir no estado de penúria dos Estados.

Então eu gostaria, inicialmente, de me manifestar, tal como já fizera por ocasião do julgamento da cautelar, em relação ao próprio conceito de remuneração, valendo-me do que estabelecemos até mesmo para o salário mínimo, quando se discutiu a questão do salário mínimo a ser pago ao servidor com base na exigência do art. 7º, inciso IV, aplicado por norma de remissão. Entendemos que o vencimento poderia ficar aquém do salário mínimo, pois o critério a ser observado, para esse efeito, é a remuneração.

Remuneração é todo valor pago diretamente pelo Estado ao servidor, como contraprestação pela disponibilidade de sua força de trabalho. Ocorre que, além do salário básico ou vencimento, o servidor pode fazer jus a adicionais retributivos pelo trabalho realizado em determinadas circunstâncias, a exemplo do trabalho noturno, insalubre, perigoso etc., além de vantagens e/ou gratificações.

No que concerne à conceituação de remuneração e de vencimento, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

> Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.
>
> Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo, conforme a correta conceituação prevista no estatuto funcional federal (art. 40, Lei n. 8.112/90). Emprega-se, ainda, no mesmo sentido vencimento-base ou vencimento-padrão. Essa retribuição se relaciona diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado.
>
> (Cf. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 679.)

No mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/1990), em seus arts. 40 e 41, define vencimento como "a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei" e remuneração como "o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei".

Essa diferenciação entre vencimento e remuneração é bastante relevante. Isso porque, para que a Constituição seja respeitada, no que diz respeito à garantia do salário mínimo, a soma de todas essas parcelas pagas diretamente pelo empregador é que não pode ser inferior ao patamar mínimo nacionalmente unificado e fixado por lei.

Nesse sentido, registro os seguintes precedentes desta Corte: RE 199.098, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, *DJ* de 18-5-2001; e RE 270.428, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 6-10-2000, este com a seguinte ementa:

Servidor do Estado de São Paulo. Acórdão que lhe reconheceu o direito de ter vencimentos calculados com base no salário mínimo. Arts. 7º, inciso IV, e 39, § 2º, da Constituição Federal. A decisão recorrida interpretou a regra do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, de aplicação obrigatória aos servidores civis por força do art. 39, § 2º, da mesma Carta, no sentido de que deve ela ser compreendida como alusiva, exclusivamente, ao vencimento básico, sem a inclusão das vantagens, adicionais, gratificações, etc., que são meras contingências do patrimônio funcional do servidor. Entendimento que diverge do conferido por esta Corte no RE 197.072 e RE 199.098. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Quanto ao piso salarial – entendido como o menor patamar de salário de determinada categoria profissional ou de determinadas ocupações numa categoria profissional, fixado de forma proporcional à extensão e à complexidade do trabalho –, assim como ocorre em relação ao salário mínimo, devem-se considerar todos os valores percebidos pelos profissionais, e não apenas o vencimento básico inicial da carreira.

Ademais, sabemos como se estruturam os vencimentos dos servidores – essa é uma tradição brasileira já alargada no tempo –, com as diversas gratificações. Se fizermos, aqui, o referencial ao vencimento básico, é claro que isso terá inevitável impacto sobre as finanças dos Estados, com resultados que podemos até projetar na prática. Pode ser que, no limite, venha a acontecer o que já acontece em determinados setores: uma impossibilidade de expansão dos serviços de educação. É uma das consequências básicas: a paralisia do sistema por impossibilidade.

Por outro lado, presumem-se, também, outros resultados. Óbvio que em algum momento vai ocorrer um tipo de enxugamento, e vencimentos vão se tornar, no plano estadual, expressões de subsídios; essa própria ideia, tentando fazer um enxugamento. São problemas que se colocam.

Parece-me que se, de fato, o intento do legislador federal é o de fazer essa repercussão, dizendo "este é o vencimento básico", a intervenção se torna ainda mais evidente. No máximo, ele poderia definir o que é o piso salarial, assim entendido na sua acepção geral, mas não o percentual que se deve pagar a título de vencimentos, aos quais se acrescem outras vantagens, até porque isso se traduz numa intervenção muito mais direta na esfera governamental.

E não seria preciso declamar todas essas questões, pois é fácil de ver que o próprio Texto Constitucional fez do princípio federativo cláusula pétrea, que garantiu a autonomia dos Estados e Municípios e deu à União a possibilidade de fixar o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação, nos termos da lei federal.

Se fizermos uma leitura reducionista, estaremos ampliando a repercussão sobre a autonomia dos Estados e permitindo que, de alguma forma, a União legisle sobre aspecto particular da estruturação remuneratória no âmbito estadual. E, claro, num passo seguinte, teremos outros aspectos que devem ser considerados.

Conforme antecipei, Presidente, não há dúvida alguma de que – definidos que estamos a falar de vencimento aqui – certamente os Estados buscarão fazer

uma reestruturação remuneratória e, tanto quanto possível, buscarão suprimir as vantagens que se adicionam ao vencimento. Isso é pura teoria dos jogos, nesse processo, a partir dessa definição.

Para mim, fica evidente que, quando se cuidou de piso salarial, o referencial realmente era uma parcela global. Quer dizer que ninguém, nesta República, enquanto profissional da educação, perceba uma remuneração abaixo deste *quantum*. E essa é a preocupação básica, do contrário isso pode propiciar distorções com afetação. Veja, há possibilidade de expansão e efetividade do próprio serviço de educação. De modo que já faço essa ressalva.

Quanto à alegação de que a lei invade competência dos entes federativos ao estabelecer a jornada de quarenta horas para os professores, não vejo – como não via na análise da liminar – preocupação alguma.

Parece até que se trata de um critério instrumental. Se houve a fixação do piso, isso tinha que guardar alguma relação com as horas eventualmente desempenhadas.

A fixação do piso salarial só tem efetividade se houver vinculação à determinada carga horária. Caso contrário, bastaria que se exigisse jornada maior dos profissionais da educação para esvaziar o conteúdo da lei.

Parece-me ter razão a Procuradoria neste aspecto:

> É necessário ter em vista que a jornada de trabalho dos profissionais do magistério público (...) foi estabelecida exclusivamente para efeito de estipulação do piso salarial. Vale dizer que a jornada não foi tratada pelo legislador federal como um tema isolado, de modo específico, com força, só por si, de alterar vários regimes jurídicos ou planos de carreira do magistério público dos diversos entes federados.
>
> (...)
>
> Relativamente ao § 1º do art. 2º da lei federal, a constatação é mais evidente, e está a significar, *contrario sensu*, que o piso salarial será superior ao que previsto no *caput* do artigo (R$ 950,00) no caso em que a jornada de trabalho dos profissionais do magistério público ultrapassar quarenta horas semanais, o que, de certo modo, é confirmado pelo disposto no § 3º do mesmo artigo da lei.

O art. 2º, § 3º, estabelece que os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no *caput* do artigo.

Naturalmente, a interpretação que se deve dar a esse dispositivo é que a jornada dos profissionais da educação até pode ser superior a 40 horas semanais, mas a remuneração da carga excedente tem que ser proporcional ao piso salarial.

Também entendo, Presidente, que a limitação de no máximo dois terços da jornada para atividade de interação com os alunos afeta a autonomia dos entes federativos.

Evidente, sabemos – todos nós que lidamos com as atividades docentes – que a jornada em sala de aula é apenas uma parte da jornada efetivamente dedicada a esse importante afazer, mas isso é suscetível inclusive de mudanças no tempo, suscetível até de adaptação.

Talvez em algum estado, por conta de determinadas peculiaridades, que eu não sei avaliar, devesse ser até mais. A mudança, hoje, em razão da informática, da tecnologia, pode sugerir, também, outros aprontes em relação a essa questão. Parece-me que colocar isso na legislação federal traduz, sem dúvida alguma, uma intervenção.

Estou citando trabalho de Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra sobre a autonomia, ressaltando, na leitura desses autores, que a Constituição de 1988, aparentemente, quis ampliar as autonomias dos Estados-membros, conferindo-lhes capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração:

> A autonomia, que em seu aspecto primordial significa edição de normas próprias – do grego *autos* (próprio) + *nomos* (norma) –, consiste na capacidade de autodeterminação dentro de certo limites constitucionalmente estabelecidos. A natureza do Estado-membro é conferida pelo regime de autonomia, não importando o nome que lhe é atribuído (Província, Cantão, Länder...).
>
> A Constituição de 1988 ampliou as autonomias dos Estados-membros, conferindo-lhes capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.
>
> (Cf. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 579.)

É bem verdade que, a toda hora, nós nos pegamos nesses paradoxos, especialmente em virtude das leis nacionais e da interpretação que delas fazemos. A ideia das chamadas normas gerais que está no texto constitucional prepara essas armadilhas, porque o texto sobre normas gerais acaba por invadir esferas, as mais diversas, no âmbito legislativo estadual.

E tanto quanto tenho acompanhado, são poucas as impugnações feitas pelos Estados-membros. Este é um caso raro, e o outro conhecido é daquela impugnação feita pelo saudoso Governador de São Paulo, Mário Covas, quanto à Lei 8.666, a Lei de Licitações, dizendo que ela criava uma camisa de força para os Estados e Municípios a pretexto de ter uma regulação geral sobre licitação.

Lembro aqui, também, a lição de um outro notável estudioso, muito jovem ainda, Léo Ferreira Leoncy, que se dedicou à discussão sobre a autonomia das entidades federativas, inclusive ao controle de constitucionalidade do Direito municipal, e diz: "(...) não seria compreensível a atribuição de autonomia às entidades estaduais que não viesse acompanhada de uma repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa".

Editar o estatuto e os planos de carreiras dos seus próprios servidores parece ser quase uma competência inerente à autonomia dos entes federativos.

É evidente que o texto constitucional, em relação aos servidores públicos, já tem quase um estatuto dos servidores públicos. Além disso, a União, de forma específica, legisla sobre os direitos dos magistrados, na Loman; e ainda vem a atividade regulatória do Conselho Nacional de Justiça; temos a Lei Orgânica do Ministério Público, que também abrange o Ministério Público Estadual, e, aí,

também temos, portanto, uma legislação geral sobre isso; temos normas gerais sobre polícia, polícia civil e PM etc.

Veja que, se formos segmentando essas atividades, essa autonomia vai se esfarelando. E se não há uma cautela, um policiamento no que diz respeito à fixação do conceito de normas gerais, obviamente que este âmbito é passível de uma usurpação permanente, de um certo esvaziamento por conta do movimento sociopolítico, natural que se estruture aqui, que as próprias corporações busquem, no plano da União, no Congresso Nacional, uma disciplina que universalize as suas pretensões.

Por outro lado, também é possível que não haja, por parte muitas vezes dos Estados, uma articulação para discutir essa invasão de competência.

Enfim, a regra é que cada ente legisle sobre o regime jurídico de seus servidores, tanto que a Constituição expressamente autorizou excepcionalmente a edição de lei nacional para a fixação do piso salarial dos profissionais da educação básica.

Então, Presidente, a meu ver, a limitação, no máximo, de dois terços da jornada para atividades de interação com os alunos, ainda que seja louvável, elogiável a todos os títulos, não deveria ser objeto de uma disciplina do direito federal.

É certo que o limite estabelecido para o desempenho de atividades de interação com os educandos tem como pressuposto o inquestionável desgaste que tais atividades causam aos professores, mas não por isso a União fica autorizada a disciplinar a jornada de trabalho desses profissionais nesses limites.

A Constituição autorizou (art. 206, VII) a edição de lei nacional para fixação do piso salarial, e a Lei 11.738/2008 estabeleceu o piso de R$ 950,00 para a jornada de quarenta horas semanais.

Pelo fato de a lei regulamentadora ter ido além da autorização constitucional para estabelecer esse limite de dois terços da jornada para atividades de interação com os educandos, parece-me que fica evidente a violação à autonomia dos entes federativos locais (Estados, Municípios e Distrito Federal).

Além disso, a validade do critério permitiria que, em outro momento, se pudesse adotar um outro critério, daqui a pouco inverter dois terços em um terço.

Não estou preocupado apenas com o caso a que nos é hoje submetido, estou preocupado que encontremos algum critério diante dessa tendência do duplo *standart*. A retórica em favor da Federação – que importa o respeito a essas autonomias e singularidades – e uma prática avassaladora, no sentido do esvaziamento da Federação.

A porta de entrada desses abusos se dá pela lei geral. Lei geral que muitas vezes é corrompida quando ela não atende a determinadas pretensões, às vezes, de caráter corporativo. Aí, sim, começam as manobras, os escapes, e o Estado, às vezes, a legislar sobre temas que, aparentemente, não estariam a sua disposição. Já citei o exemplo da Loman.

Acompanho, também, a manifestação no sentido de que a discussão sobre o art. 3º resta agora prejudicada, mas, Presidente, no mais seguiria a orientação adotada

pelo Tribunal no julgamento da liminar, tendo em vista todas essas repercussões para o caso e a necessidade de que se adotem critérios, mais ou menos referenciáveis, mais ou menos racionais, a propósito da questão da lei geral, da chamada norma geral, que envolve sempre – quando se fala em norma geral, a própria Constituição quis dizer – a necessidade de que haja uma possibilidade de concorrência.

Agora, no caso específico, a necessidade é mais evidente, porque se trata de legislar sobre atividades comezinhas, sobre a organização das atividades de servidores – que são servidores estaduais ou são servidores municipais.

Lembro-me de que, tendo como referência o direito alemão, o Professor Konrad Hesse, célebre constitucionalista alemão, dizia que um dos critérios básicos para saber se está havendo ou não usurpação de competência é saber se subsiste alguma competência básica, substantiva, para a entidade federativa.

No caso que analisamos, a intervenção vai a tal ponto, que, fundamentalmente, há um caráter desapropriado, demissório da atividade legislativa estadual ou municipal, com sérias repercussões na organização administrativa, obviamente, e na estruturação financeira da própria unidade federada, uma vez que não tem como prever – simplesmente porque a lei foi editada em 2008 – um aumento de receita.

Questiono como se aumenta receita de um ente federativo.

Não é trabalhando mais, porque a atividade estatal não se dirige dessa forma. Até poderíamos dizer "dormindo um pouco menos", para o cidadão comum, "trabalhando mais na atividade privada", mas não é disso que se cuida. O Estado, na verdade, obtém a sua receita de base tributária, aumentando tributo. Será uma das respostas óbvias. E, aí, como é que se faz? Muitas vezes o aumento do tributo inibe a receita, tem efeitos, na verdade, perversos.

Em alguns Estados, como vimos, e é fácil ver inclusive na tabela da distribuição do Fundo de Participação dos Estados, a atividade econômica básica é diminuta, tanto é que o estado depende, em grande parcela, do repasse, e isso se dá em grande parte deste Brasil, se olharmos especialmente os Estados que compõem a região Norte e a região Nordeste, em grande escala.

É bem verdade que a disposição da lei, quando se refere às obrigações da União, no art. 4º, estabelece que a União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do *caput* do art. 60 do ADCT. Ocorre que a criação dos fundos foi extremamente sucinta e pouco precisa ao definir a responsabilidade de complementação da União.

Não há nenhuma dúvida quanto ao bom projeto. E há um consenso básico em relação a todos esses aspectos aqui referidos.

Mas o que está em jogo de fato é o sistema federativo, e até mesmo aquilo que hoje, na doutrina política, chama-se efeito perverso das boas leis, quer dizer, cheia de boas intenções produz, na prática, o seu contrário.

Isso nós adivinhamos e vemos todo dia na sistemática geral, quando há limitação, por exemplo, de recurso.

Verifico que a lei foi extremamente econômica ao dizer da contraprestação da União. Limitou-se a dizer que a União deverá complementar, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, a receita dos entes que não têm a disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

O ente federativo deverá justificar a sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o *caput* deste artigo.

Inexiste qualquer referência a obrigação, a prazo, a tempo, a condições ou a procedimentos.

Portanto, aqui já há espaço, inclusive, para uma discussão de inconstitucionalidade parcial da lei. Não vou falar da inconstitucionalidade da lei. Eu entendo que é possível, sim, que haja uma sistemática de modelo de federalismo cooperativo, mas cooperação envolve um juízo de mão dupla por definição. E isso está faltando nesta construção.

Ante o exposto, não se trata de falar mal da lei, nem se trata de festejá-la como boa ou má. Eu acho que é fundamental que se dê este passo no sentido de realmente universalizar um programa de prestação de serviço educacional adequado, mas com essas considerações mantenho a minha manifestação feita por ocasião do julgamento da liminar.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, as minhas razões coincidem basicamente com aquelas que foram trazidas pelo eminente Relator.

Também eu só vejo pecha de inconstitucionalidade no § 4º do art. 2º e nesse sentido é o meu voto.

Peço a Vossa Excelência que faça juntar o voto escrito.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Vossa Excelência acompanha o Ministro Joaquim Barbosa?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a bandeira estampada nessa lei é nobre. Poderíamos assentar, a uma só voz, que é tempo de o Brasil voltar os olhos para a educação.

É tempo, como ressaltei no introito do voto, ao me pronunciar quanto ao pedido de concessão da medida acauteladora, de valorizarmos o trabalho dos profissionais que estão nessa sensível área do magistério.

Ninguém coloca em dúvida essas premissas. Em sã consciência, não podemos dizer que potencializamos no Brasil, como ocorreu no tocante a países que

alcançaram desenvolvimento maior, a educação. Diria mesmo que a educação encontra-se sucateada, deixando muito a desejar em termos de observância dos ditames maiores da Carta de 1988, em termos de constatarmos o Brasil sonhado, o Brasil imaginado, mas não estamos a atuar no campo da disciplina da matéria. Estamos procedendo a cotejo da lei atacada com a Constituição Federal, que é um documento rígido e, por isso, goza de supremacia, consideradas as demais fontes normativas. Aprendi, desde cedo, nas lições de Seabra Fagundes, de Caio Tácito, e para me referir a um autor moderno, inexcedível, Celso Antônio Bandeira de Mello, que às unidades da Federação – e nisto está a essência do pacto federativo – se há de reconhecer a autonomia governamental, e, observados os princípios básicos da Constituição Federal, a autonomia normativa. É para mim, ainda, diante da Carta – refiro-me ao texto primitivo da Carta da República –, inimaginável ter-se a União a legislar sobre serviços que ocorram em áreas geográficas de Estados e Municípios. É inimaginável a União substituir, sob pena de não se ter a Federação, Estados e Municípios, e isso acabou por ocorrer, como ressaltei no voto, quando discutida a medida acauteladora, e ela foi implementada em maior extensão do que agora sinaliza este julgamento de fundo.

Presidente, quando veio à balha a previsão segundo a qual a União Federal pode disciplinar a política remuneratória dos professores próprios e dos vinculados, em relação jurídica, a Estados e Municípios? É primitiva, é do texto originário da Carta de 1988, dita cidadã, que homenageia, a mais não poder, a Federação, inclusive ao proclamar, no art. 1º, que a República é formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios? A resposta é desenganadamente negativa.

O art. 206, brandido a torto e a direito, mais precisamente o inciso VIII dele constante, com a promulgação da Carta de 1988, tem a seguinte redação:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> (...)
> VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

O Constituinte de 1988 não ousou invadir a seara da disciplina dos serviços públicos por Estados e Municípios, porque, se o fizesse, contrariaria não só o sistema pátrio consagrado como, também, princípios da própria Constituição Federal, mas o fez o derivado, ao emendar a Carta, a meu ver, de forma equivocada, mediante a EC 53/2006. Em 2006, lançou-se essa previsão, numa verdadeira usurpação da competência normativa de Estados e Municípios e, mediante esse diploma, disciplinou-se relação jurídica de certos prestadores de serviços dessas unidades. Amanhã ou depois, não sei, poderá ser alargada a disciplina, para alcançar outros segmentos de prestadores de serviços, repito, não da União, porque ela poderia muito bem disciplinar a política remuneratória de seus servidores, mas dos Estados e Municípios. Com a EC 53 inseriu-se o inciso VIII, retirando-se de competência inata, porque ligada a serviços próprios dos Estados e Municípios, a disciplina da política salarial de servidores. Isso ocorrendo quanto aos professores, amanhã ou depois, poderá ser estendido

a outros segmentos profissionais e, evidentemente, aberta a exceção, minando-se o pacto federativo, talvez a disciplina excepcional quanto aos professores, merecedores, é certo, de remuneração condigna, se estenda – de uma forma ilimitada – a Estados e Municípios, que então já não gozarão mais de autonomia normativa própria.

Presidente, ainda acredito que a Carta de 1988 – que hoje em dia já é tomada praticamente, ante setenta e três emendas constitucionais, como um verdadeiro periódico – seja rígida e que contém cláusulas pétreas. A alusiva ao pacto federativo o é, como bem definido, em excelente vernáculo, em excelente português, no § 4º do art. 60 dela constante, no que breca não a aprovação, mas até mesmo a tramitação de emendas constitucionais que, de alguma forma, alcancem o que se entende como pacto federativo, ferindo-o de morte.

O § 4º do art. 60 revela que "A Constituição poderá ser emendada (...)", muito embora quando cogitemos de diploma básico, de certa forma, pensemos em um documento estável que não seja a toda hora mudado como se fosse possível corrigir as mazelas da República mediante novas emendas, mas dispõe o § 4º que:

> Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...).

Esse parágrafo, a meu ver, indica as cláusulas pétreas. As matérias mencionadas – porque não podem sofrer disciplina sequer mediante emenda constitucional – consubstanciam cláusulas pétreas, e tem-se a vedação de deliberação em primeiro, primeiríssimo lugar, sobre emenda que, mediante algum meio, alcance a forma federativa de Estado.

Indago, Presidente: em sã consciência, a disciplina, pelo poder central – e toda centralização, para mim, é perniciosa –, de serviço público estadual ou municipal harmoniza-se com a vedação contida no inciso I do § 4º do art. 60? A resposta é desenganadamente negativa, sob pena de minarmos, de ferirmos de morte o pacto federativo, de acabarmos com o sistema nacional alusivo à disciplina de serviços. Então, creio que há um vício formal, originário quanto à promulgação da EC 53, no que se retirou, da atribuição normativa de Estados e Municípios, a regência dos respectivos serviços. Não se pode negar que se retirou. Disciplinou-se a prestação de serviços públicos estaduais e municipais quanto à política remuneratória. Foi-se além e, olvidando-se até mesmo, em verdadeiro atropelo, a iniciativa de projetos pelo Executivo, chegou-se, mediante emprego atécnico de vocábulos, à regência da jornada. Há uma regra geral que está no art. 7º, no inciso XIII, da Constituição Federal, regra de observância obrigatória em Estados e Municípios, como também no âmbito da iniciativa privada, que diz respeito à carga horária semanal e não à jornada, porque o vocábulo é sinônimo de dia – e ainda não conheço dia que conte com quarenta horas. Prevê o art. 7º, como direito e garantia dos trabalhadores urbanos e rurais, a carga semanal de quarenta e quatro horas e a jornada – a dualidade está no próprio preceito, distinguindo tecnicamente jornada de carga semanal – de oito horas. Mas a União, adentrando a disciplina da prestação de serviços de servidores estaduais e municipais, criou uma carga semanal de quarenta horas.

Foi adiante, Presidente, e, pelo menos nessa parte, se está a aventar o conflito da lei com a Constituição Federal, e deu nova regência à problemática alusiva à interação com os alunos – presente a jornada e o tempo para ter-se a preparação das aulas. Alterou, para majorar-se o período relativo à preparação das aulas. Faltarão professores nas salas de aula e deverá contratar-se novos professores. Mas Estados e Municípios não estão com o pires na mão no tocante à receita, ao contrário, talvez possam até mesmo emprestar – quem sabe, numa visão romântica, lírica – dinheiro ao poder central. E, o que se tinha à base três quartos e um quarto – três quartos do tempo em sala de aula e um quarto em preparação –, passou para dois terços e um terço. Não será fácil, observando-se essa diminuição de tempo em sala de aula e a necessidade de atender-se à grade horária, contratar professores abalizados para o ensino em geral. Como disse o Ministro Gilmar Mendes: hoje o tempo, até mesmo presente a informática, está otimizado. O que se gastava antes para preparar-se aulas, para alcançar-se o inesgotável aperfeiçoamento – já que o saber é e sempre será uma obra inacabada –, não se gasta mais, ante o acesso a informações.

Presidente, a própria nomenclatura revela que piso – como o salário mínimo, como os pisos que os Estados estão fixando – é quantitativo mínimo, a ser satisfeito em razão da prestação dos serviços. Não se tem sinonímia, presentes os vocábulos piso e básico, valor básico da remuneração.

Há mais, Presidente, qual foi o objetivo dessa lei criando um piso? Ter-se, tanto quanto possível, o tratamento igualitário. A realidade nacional é diversa, presentes Estados e Municípios. Com o correr dos anos e o vínculo, de início, não está submetido a direito potestativo de rompimento a qualquer momento pelo estado ou município, o que houve em relação aos professores – que evidentemente não percebem subsídio, parcela única? A criação de inúmeras parcelas que se somam ao denominado "básico" para desaguar no que se tem como remuneração, ou seja, o total percebido em razão da prestação de serviços. E, então, o objetivo da lei, que seria o tratamento igualitário, estará frustrado porque se criarão professores que, simplesmente, já tendo, considerada a remuneração, a percepção de um valor superior ao piso, receberão, além desse valor, o próprio piso. Talvez, quem sabe, sejam mais professores do que outros que verão satisfeito apenas o piso.

Um preceito da lei cogitou de observância do instituto da remuneração – até, creio, se não me falha a memória, dezembro de 2009 –, revelando que, a rigor, muito embora com o rótulo, com a nomenclatura de piso salarial, veio a introduzir-se no cenário jurídico, fugindo-se ao objeto da lei, não o piso, mas um básico, a ser observado mesmo no tocante àqueles que já têm remuneração que suplanta em muito o valor revelado. O piso aproxima-se muito do salário mínimo, podendo ser tido como espécie de quantitativo mínimo a ser percebido. E, quando raciocinamos com o salário mínimo, assentamos, imediatamente, que é o quantitativo menor, passível de ser recebido pelo trabalhador. Mas, no tocante ao piso dos professores, não. A lei toma o valor não como quantitativo mínimo a que tem jus o professor, mas básico a ser observado, pouco importando o que aufira ao término do mês a título de remuneração.

Creio que não se reafirmar a óptica que prevaleceu quando do julgamento do pedido de concessão de medida cauteladora, numa denominada talvez interpretação conforme à própria Carta, será esvaziar o objetivo da própria lei, no que veio à balha para ter-se – como disse – o tratamento igualitário.

Há a questão do prejuízo e, evidentemente, quanto às normas transitórias que estão inseridas na lei, não mais é possível a apreciação no processo objetivo, no controle concentrado de constitucionalidade. O que se tem são situações jurídicas que só poderão ser questionadas na via própria do processo subjetivo.

Senhor Presidente, peço a Vossa Excelência que me permita – porque haverá um acórdão quanto ao julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade – juntar, com as tintas fortes que lancei à época, ao que acabo de veicular de improviso, o que sustentei ao acolher, às inteiras, o pedido de concessão de medida liminar:

> Senhor Presidente, pronuncio-me contrariamente à decisão da sempre ilustrada maioria de, mesmo versando o processo matéria constitucional, ser possível concluir-se a apreciação sem a presença de oito integrantes na Corte. Faço o registro para ficar documentado em meu voto.
>
> Presidente, começo por lançar: esperemos o amanhã, o resultado, em si, deste julgamento praticamente já encerrado.
>
> Analisei a lei que está sendo atacada pelos governadores de vários Estados, de grandes Estados da Federação, e confesso a Vossa Excelência – presumindo o que normalmente ocorre – que imaginei, de início, que ela versaria sobre direito trabalhista. E, então, a competência para reger aspectos desse mesmo direito é, iniludivelmente – considerado o vínculo empregatício, o direito do trabalho –, da União. Porém, procedendo à leitura da lei, acabei por concluir que trata – e trata de forma linear – de regime jurídico de servidores públicos, cuja relação está submetida a lei especial, diante do envolvimento da União, Estados e Municípios, considerados servidores regidos – para utilizar uma nomenclatura consagrada – por estatuto próprio e não pelo direito do trabalho.
>
> Presidente, compreendo o pacto federativo de forma diversa dos Colegas. Entendo que restou definido, no tocante às balizas – balizas objetivas e subjetivas –, pelo texto primitivo da Carta. Não posso conceber que, mediante emenda constitucional, esse pacto federativo venha a ser fulminado, venha o Congresso Nacional a colocar em segundo plano que os Estados e os Municípios, quanto aos serviços respectivos, quanto aos servidores respectivos, têm autonomia normativa, disponham sobre os elementos fundamentais do regime jurídico desses mesmos servidores.
>
> No caso, há esses elementos no que a lei versa não só sobre a remuneração, o salário, mas também o que se apontou como jornada – e não sabia que o dia pode ter quarenta horas! –, sobre a presença de professores em sala de aula e sobre a própria carreira nos três âmbitos: federal – poderia versar, pois emanada do Congresso Nacional –, estadual e municipal.
>
> Todos nós, Presidente, estamos plenamente de acordo quanto à necessidade de o Brasil voltar os olhos para a educação. Todos nós concordamos ser preciso valorizar, conforme preconizado pela Carta na redação primitiva, o trabalho dos profissionais que estão nessa sensível área que é a do magistério. Entretanto, vivemos em um Estado Democrático de Direito e sob a proteção de uma Constituição rígida. Apenas se avança em termos culturais observando-se as regras estabelecidas.

Nesse contexto, é possível uma emenda constitucional dispor, como dispôs a de n. 53, quanto ao piso salarial nacional dos professores, sobre o piso salarial dos médicos dos Estados e dos Municípios, dos engenheiros dos Estados e dos Municípios, dos fiscais estaduais e municipais, dos policiais estaduais? A meu ver, não, porque a emenda esbarraria no inciso I do § 4º do art. 60 da Carta Federal, o qual breca – não apenas rotula como inconstitucional a emenda – a tramitação de qualquer PEC que vise, de alguma forma, a alcançar o sistema federativo.

Presidente, peca a lei, de início, no que, potencializando o objetivo almejado, a meu ver, atropelou o meio estabelecido e veio a disciplinar – repito – regime jurídico de servidores estaduais, regime jurídico de servidores municipais. Não cabia ao Congresso Nacional fazê-lo. A competência, para tanto, não é da União. É de cada unidade *de per si*, é de cada Estado, de cada Município.

Vejo, portanto, o vício formal. A lei é inatacável, de início – a menos que adentremos o problema da razoabilidade –, quanto aos servidores – professores – federais, mas não o é quanto aos servidores estaduais e aos servidores municipais.

Passo ao exame, Presidente, do vício material. Verifico haver uma dualidade, para mim uma verdadeira dualidade – porque não posso atribuir ao legislador a aprovação de preceitos inúteis –, porquanto há o art. 2º a revelar o piso que se mostra global, o piso dito remuneratório, e o art. 3º a versar o básico alusivo à carreira, pouco importando as parcelas que sejam satisfeitas pelos Estados e pelos Municípios, além do básico.

Ora, o que constatamos? Que realmente se criou um piso remuneratório de novecentos e cinquenta reais, a vigorar já em 2008. E essa criação, como está no art. 3º, primeira parte, conflita com a Constituição Federal, porque, na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não existe previsão, não existe receita para fazer frente ao ônus que decorrerá da observância desse piso remuneratório – e não estou aqui a considerar os Estados que já o satisfazem em quantitativo superior ao previsto – por vários Estados em que a contraprestação devida aos professores está aquém dos novecentos e cinquenta reais.

O que haverá, o que ocorrerá – por isso eu disse: esperemos o amanhã – no tocante aos Municípios? Sem a previsão orçamentária exigida no art. 169 da Constituição Federal, não sei de onde vão tirar dinheiro para satisfazer esse ônus que, a meu ver, implicou cumprimentar com o chapéu alheio. Esse ônus criado pela União, impondo-o goela abaixo – e o ônus está sendo placitado pela maioria dos integrantes do Supremo – aos Estados e Municípios.

Há mais, Presidente. Trata-se de outro vício formal. O § 4º do art. 2º prevê um limite máximo de dois terços de carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos. Ora, não se buscou atentar para a medida do possível, quanto à realidade que vem sendo observada em inúmeros Estados e também em muitos Municípios.

Ouvi a Procuradora-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Eliana Graeff Martins, dizer que, a prevalecer a lei, o Estado terá que contratar cerca de vinte e quatro mil professores para cobrir a ausência desses que deixarão – considerados trinta e três por cento do tempo dedicado ao trabalho – as salas de aula. Como ficará a finança dita – e acredito – saneada do Estado do Rio Grande do Sul? Aguardemos as consequências dessa lei.

O diploma dispõe também sobre a nova jornada, que, numa ficção jurídica extravagante, se disse de quarenta horas – jornada diz respeito ao dia, e não à carga semanal. Houve realmente o emprego equivocado do vocábulo "jornada", e se alterou mandamento constitucional, porque, até aqui, tinha-se o texto do art. 7º da Carta

Federal a revelar jornada de oito e carga semanal de quarenta e quatro horas. Pois bem, passar-se-á a quarenta horas semanais, com, evidentemente, a necessidade de contratar novos professores.

Prossegue, então, a lei, prevendo algo que não sei o que se fará, qual milagre será realizado para contar-se com receita visando a cobrir o que estabelecido, ou seja, um básico – independentemente da relação jurídica mantida pelo Estado ou pelo Município com o servidor-professor – igual àquele previsto no art. 2º. Evidentemente, o piso remuneratório que se quis estabelecer – e se apontou que reflete duas vezes o salário mínimo previsto na Constituição Federal – se referirá apenas ao básico, podendo, portanto, o resultado final, em termos remuneratórios – e devendo ser, porque sabemos que é comum a satisfação de outras parcelas remuneratórias –, suplantar em muito o previsto no próprio art. 2º.

Senhor Presidente, não tenho como concluir – por melhor que tenha sido a intenção do legislador –, sob pena de admitir que se possa solapar o pacto federativo, pela constitucionalidade dessa lei. Não pensem que estou a votar contra os professores. Tenho ressaltado, inclusive em entrevistas, que o Brasil só avançará – inclusive, em termos de respeitabilidade no cenário internacional – quando der mais ênfase à educação em sentido maior, valorizando o ensino, valorizando os profissionais. Mas não posso, simplesmente, fechar a Constituição Federal e adotar o critério que ache mais justo, em termos de regência, para a matéria.

Por isso, peço vênia aos Colegas e defiro a liminar nos termos em que pleiteada.

Pois não, Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu gostaria de ressaltar, na linha do que Vossa Excelência vem desenvolvendo e do que eu já havia dito, que a disposição da lei, no art. 4º, quando se refere às obrigações da União, neste contexto, embora o art. 60 do ADCT traga a criação dos fundos, foi extremamente sucinta e pouco precisa, ao definir a responsabilidade de complementação da União, que é fundamental.

Veja:

> Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do *caput* (...)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sabemos como ela é parcimoniosa nessas complementações!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

> (...) a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

E diz mais:

> § 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o *caput* deste artigo.

E nada mais. Vejam o quão grave é isso.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Ministro, nesse particular, se Vossa Excelência me permite, não obstante a emenda constitucional não tenha sido declarada inconstitucional – até hoje não foi declarada inconstitucional essa Emenda 53, que acrescentou esse inciso ao artigo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que faço agora.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não estamos jungidos às causas de pedir da inicial, apenas ao pedido.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Claro. Agora, veja o seguinte, a lei se preocupa realmente com essa fonte de custeio, quer dizer, a lei estabelece que a União vai complementar. Qual a razão de ser da lei? Criar um piso nacional, uma situação igualitária. Essa é a finalidade da lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que preocupa é a brecha aberta, para a União legislar serviço de estado da Federação e serviço de município.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Eu entendi o seu ponto de vista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Preocupa-me a transgressão a princípio básico da República.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E a regime de servidores.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque hoje se faz, considerado o que apontei como uma bandeira nobre, a necessidade de voltar os olhos para a categoria profissional dos professores. E amanhã? Não sei o que poderá ocorrer!

O Sr. Ministro Luiz Fux: Acho que estamos chegando a uma situação paradoxal de dizer que, como a lei é boa, não vamos aplicar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é isso, Ministro. De qualquer forma, a beleza do Colegiado é justamente essa: o somatório de forças distintas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não entendi a razão dos aplausos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estou a dizer que a lei é boa em termos de justiça, mas não é constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Se é ou não constitucional, vamos ver ao final da votação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não podemos confundir justiça com constitucionalidade. Mas a beleza do Colegiado, repito, é o somatório de forças distintas. E cada qual, aqui – e a tribuna é livre por excelência, já que o Supremo é guardião da Carta e, diria mais, é guardião do Estado Democrático de Direito –, somente deve-se curvar à ciência e à consciência possuídas.

Guardo um princípio que me veio, à primeira hora, ainda nos bancos da Nacional de Direito, de Caio Tácito e Seabra Fagundes, e, depois, evidentemente, foi robustecido, tendo em conta as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello,

para não citar outros eméritos administrativistas. É inconcebível que se tenha essa mesclagem, ou seja, que o poder central discipline diretamente, como ocorreu no caso, serviço de unidade da Federação.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Entendi, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí meu voto, reafirmando, até por coerência, o que verbalizei quando o Tribunal se defrontou com o pedido de concessão de medida acauteladora.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Vossa Excelência confirma a cautelar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Torno a dizer que, naquela assentada, prevaleceu a óptica de que, a rigor, a lei estaria a encerrar não o básico, mas, considerada a nomenclatura piso salarial, remuneração mínima, considerados os diversos penduricalhos, as diversas rubricas passíveis de serem percebidas pelo professor.

Presidente, reafirmo o convencimento.

Pois não, Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu gostaria, Ministro Marco Aurélio, na linha do que eu tinha ressaltado, de falar desse mecanismo compensatório.

Não há nenhuma dúvida quanto ao bom projeto. E há um consenso básico quanto a todos esses aspectos aqui referidos.

Mas o que está em jogo de fato é o sistema federativo, e até mesmo aquilo que hoje na doutrina política chama, Ministro Luiz Fux, efeito perverso das boas leis, quer dizer, cheio de boas intenções produz, na prática, o seu contrário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E o inferno está cheio de bem intencionados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso nós adivinhamos. Na sistemática geral, nós estamos a assistir isso todos os dias no âmbito do Judiciário, quando há limitação, por exemplo, de recurso.

As dificuldades que hoje existem, as dificuldades orçamentárias, as dificuldades de expansão dos gastos, traduzidas na dificuldade de aumento de vencimentos, de revisão de remuneração, levam à tecnocracia que controla esse processo a uma opção geral de não dar aumento; simplesmente não há. E nós sabemos que, inclusive nos Estados-membros, o quadro, no que diz respeito ao Judiciário, é ainda mais sofrível do que aquele que nós encontramos no âmbito da União.

Por exemplo, na Justiça estadual; e Vossa Excelência é proveniente da Justiça estadual, e há Justiça estadual muito mais pobre do que a do Rio de Janeiro – nós temos juízes, em algumas comarcas, sem servidores; servidores dos Municípios prestando serviços na Justiça. Isso, infelizmente, não é exceção, é a regra, ferindo tudo que nós conhecemos. Por quê? Porque as despesas com o Judiciário já estão no seu limite. É essa a questão que está em jogo aqui.

E veja como a lei foi econômica, ao tratar da contraprestação da União, limitou-se a dizer que a União deverá complementar, falando do regulamento, a

partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, caso não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E todos acreditamos que ela o fará. Todos acreditamos...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O ente federativo deverá justificar a sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos que comprove a necessidade da complementação de que trata o *caput* deste artigo.

Senhor Presidente, nenhuma palavra sobre obrigação, prazo, tempo, condições, procedimentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exclusivamente sobre prestações alimentícias a serem satisfeitas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E, a cada dia, essa obrigação se coloca para o Estado ou o Município e, por parte da União, essa Mensagem a Garcia.

Veja Vossa Excelência, portanto, que aqui já há espaço inclusive para uma discussão até de uma inconstitucionalidade parcial da lei. Não vou falar da inconstitucionalidade da lei. Eu entendo que é possível, sim, que haja uma sistemática de modelo de federalismo cooperativo, mas cooperação envolve um juízo de mão dupla por definição. E isso está faltando nesta construção.

Fica evidente no art. 4º – desculpe o cacoete burocrático de quem vivenciou essa realidade – como se faz essa prestação. A cada mês há uma folha para pagar. Apresentou-se a conta, como se vai fazer este repasse? Isso não está dito na lei. Como se o art. 4º fosse apenas uma obra de retórica, com sérios problemas, o que pode levar, ao fim e ao cabo, a um congelamento do serviço de educação, no tamanho que ele hoje eventualmente se encontra.

Então não se trata de falar mal da lei nem se de festejá-la como boa ou má. Eu acho que é fundamental que se dê este passo no sentido de realmente universalizar um programa de prestação de serviço educacional adequado.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É que o sistema, Excelência, é autofinanciado, transfederativamente. A própria Constituição fala da obrigação de os entes se socorrerem mutuamente financeiro, segundo a ordem federativa maior ou menor. Por exemplo, a previsão expressa de transferência de recursos da União para os Municípios, dos Estados para os Municípios, porque o sistema é autocusteado. Está dito isso na Constituição, mas eu me reservo para votar no momento oportuno.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, uma questão de ordem. Proponho a suspensão do julgamento e a razão é muito simples.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não, Excelência. Já estamos no final, falta colher o voto do Ministro Celso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não ocupo aqui cadeira voltada a relações públicas, para receber aplausos ou ser criticado.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Mas foi um acidente de percurso. O auditório não vai mais se manifestar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Proponho, Presidente, a suspensão do julgamento porque estamos sem *quorum* regimental para prosseguir.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência já votou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não importa.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): E a Ministra Cármen Lúcia avisou que está acompanhando o julgamento e retornará, se necessário. Então, temos oito Ministros.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Até o final do julgamento, quem votou pode reconsiderar o voto. Quando se exige o *quorum* de oito Ministros é para iniciar e terminar o julgamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, eu tive impressão de que os Ministros que não estão presentes estão acompanhando a votação em seus gabinetes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ah! Vamos partir para a votação virtual!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossas Excelências mesmo aludiram ao progresso da tecnologia, no que tange à jornada de trabalho e à carga horária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não a esse ponto, Excelência, não a esse ponto. Olha: uma, duas, três – a terceira não, porque o ocupante está impedido – duas cadeiras vazias.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Essa mesma questão foi colocada no julgamento da liminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Essa mesma questão de ordem foi suscitada pelo Ministro Marco Aurélio na cautelar, e Vossa Excelência resultou vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pelo menos estou sendo coerente.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Eu vou acompanhar a solução da questão de ordem quando do julgamento da liminar.

A Corte computou os votos já proferidos.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu também acompanho, Presidente.

Eu só entendo que, de fato, em julgamentos deste teor, o Tribunal deveria estar devidamente composto. Acho que a ressalva do Ministro Marco Aurélio é importante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No passado, sempre foi assim. Mas são os dias atuais tempos muito estranhos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Acho que o voto eletrônico, o acompanhamento de voto no gabinete, ou seja lá o que for, não me parece adequado. É preciso, realmente, que se registre.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Isso tem sido a prática usual, *data venia*, nos últimos tempos. Os Colegas entram, saem, retornam, voltam, retiram-se e proferem o voto.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Ela já votou.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E votou com veemência. Dificilmente ela voltará atrás, pela fundamentação do voto que deu.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): A expressão "poder constituinte" está grafada no art. 11 do ADCT.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): De constituintes dos Estados. Mais dizendo, obedecidos os princípios da Constituição. E a Constituição chama "piso salarial profissional" de princípio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite um aparte?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Todos nós sabemos dessa questão. E o modelo de administração integrada é muito mais avançado, por exemplo, na área da saúde – Vossa Excelência tem manifestado de forma muito clara – do que na área da educação. Até porque o sistema é integrado a partir da própria definição constitucional, diferentemente do modelo de competência distinta que menciona o texto constitucional em relação às atribuições da União e dos Estados.

Veja Vossa Excelência que, não raras vezes, e até agora, não conseguimos encontrar uma solução adequada, temos sérios problemas, o problema de financiamento deste sistema. Quer dizer, temos proclamado o direito social à saúde – e não ignoramos inclusive a vinculatividade –, e temos reconhecido, nas próprias ações judiciais, a existência de um regime de solidariedade.

É evidente que as instituições que estão muito mais próximas do cidadão, especialmente os Estados e Municípios, acabam sendo alvos preferenciais das ações judiciais. E não são poucos os relatos de Municípios que numa só ação ou em algumas poucas ações veem desaparecer todo o seu orçamento de saúde, em razão do pagamento de um procedimento complexo. Essa é a realidade, nós lidamos com ela todos os dias. Isso num sistema integrado em que o repasse não se dá de forma efetiva. Então, é disso que se cuida. Quer dizer, quando se cuida

de implementar um modelo como este, a rigor tem que se levar isso ao detalhe. O próprio art. 4º da lei deveria ter regras, normas de organização e procedimento, tendo em vista o sistema federativo, que dimensionassem essa responsabilidade por parte da União, em homenagem ao princípio federativo. Não se cuida de ser contra, até porque ninguém se manifestou nesse sentido; o piso salarial dos professores parece ser uma medida reclamada. Também não entendo que seja inconstitucional a emenda. Até entendo, muitas vezes, em algumas áreas, um *deficit* de compreensão. Recentemente escrevi um artigo, por exemplo, dizendo que, "em seara de segurança pública, há uma omissão notória por parte da União". E nós sabemos que hoje, por exemplo, há reivindicação semelhante quanto à complementação de salário no âmbito das forças de segurança pública, não é? Sabemos que o sistema está posto – salvo engano – até em emenda constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não chegaria a tanto, mas a discussão básica é: como fazer uma maior integração?

Agora, de fato, não basta isso, não basta uma simples regra, que pode ser retórica diante de responsabilidades que são muito claras.

Talvez o sistema mais composto, mais integrado que nós temos seja o da saúde, porque, a partir da experiência pré-constitucional – isso ainda se deu sob a Constituição passada –, avançou-se para se criar esse chamado Sistema Único de Saúde, organizado, portanto, nessas bases e integrado nessas perspectivas.

Veja que temos a Emenda 29, que até hoje queda sem regulamentação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A Emenda Serra queda, ainda, hoje, sem regulamentação.

Então, são questões que precisam ser aferidas num contexto extremamente grave.

Há até mais uma outra ironia nesse contexto: havendo aumento de despesa de pessoal, em razão do impacto – e é essa questão que precisa ser dimensionada em todos os seus alcances –, o Estado-membro pode, eventualmente, quedar inadimplente em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal – tratando do tema com complexidade e seriedade – e, por isso, não recebemos repasses, porque é uma consequência do sistema.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Os gaúchos dizem: Cada dia com a sua agonia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não! Não! A agonia está presente nesta questão.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Eu prefiro dizer: Cada dia com sua magia. No devido tempo...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não! A agonia está presente nesta questão. Não há como separar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): No devido tempo, o Judiciário saberá se posicionar, saberá resolver.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E veja Vossa Excelência a assimetria. Estou falando com toda a clareza. Eu sou favorável ao modelo do piso. Mas essa mesma regra é a mesma norma, ou melhor, o mesmo complexo normativo; ele é assimétrico. Ele é detalhado em relação ao modelo. Nós estamos a discutir aqui esse detalhe: se piso significa vencimento, se piso significa remuneração que tem impacto. Mas isso deveria ter sido já objeto de um consenso no âmbito do próprio Congresso Nacional, por conta do impacto que isso tem sobre as contas públicas, e não provocar tanto dissenso e tanta divergência. E a mesma norma, o mesmo complexo normativo é tão sucinto em relação à responsabilidade da União.

Imaginem os senhores a sensibilidade que terá a burocracia do Ministério da Educação quando estiver advertido de que estão faltando recursos no longínquo Estado do Amapá para sustentar esse sistema sem nenhum prazo. E é disso que se cuida quando se fala do art. 4º. Não faz muito tempo, nós já decidimos a questão do modelo de solidariedade no âmbito da saúde. Mas isso é mais fácil de se fazer numa ação judicial, quando a parte traz a União, o Estado e o Município. Agora, vai o Estado ou o Município trazer esse elefante, que é a União, para esse contexto. Nós sabemos que eles não conseguem fazer cócegas nesse sistema. E é disso que estamos a falar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Já eu, Ministro Celso, tenho um ponto de vista um pouco divergente. Acho que essa lei, derivada de mandamento constitucional explícito, como Vossa Excelência bem frisou em seu voto, essas considerações de ordem orçamentária, embora mencionadas no meu voto e discutidas aqui – eu creio que elas caem melhor no seu foro apropriado, que é o Congresso Nacional – elas foram objeto já de uma concertação lá no Congresso Nacional. Não houve muita divergência sobre essa lei. As divergências que houve se deram muito mais aqui nos bastidores.

Eu lembro à Corte que tão logo essa ação foi ajuizada aqui, houve – digamos assim – uma pequena revoada de governadores ao meu gabinete para tentar me convencer pela inconstitucionalidade da lei. E um dos governadores, aliás, até desistiu, embora impossível a desistência em ação direta, como todos sabemos. Então não me comovem, não me sensibilizam nem um pouco os argumentos de ordem orçamentária.

O que me sensibiliza muito mais nessa questão – e isso o Ministro Celso de Mello frisou bem no seu voto – é uma outra questão que está envolvida aqui, é a questão da igualdade, da desigualdade intrínseca que está envolvida aqui. Eu sou capaz de afirmar, com pouco medo de errar, que neste grande território nacional, nesta grande Federação brasileira, eu duvido que não haja um grande número de Estados em que haja um grande número de categorias de servidores públicos, que não esta categoria objeto dessa lei, que tenha rendimentos de pelo menos dez, doze vezes, senão quinze vezes mais do que este piso salarial que é concedido. Pelo menos uma meia dúzia, cinco, meia dúzia de categorias. E, para essas categorias, jamais essas considerações orçamentárias são levadas em conta. Jamais.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Ministro Joaquim Barbosa, e temos decidido seguidamente que não é por carência de recursos que uma ação direta de inconstitucionalidade vai deixar de ser julgada procedente ou improcedente, porque é uma consideração de outra ordem, embora ponderável no plano dos fatos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): É por isso que eu considerei muito superficialmente essa questão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Só para deixar claro, não se trata de julgar procedente ou improcedente em razão de existência ou não de recursos. O que se trata de considerar é o impacto que uma dada decisão tomada pela União tem sobre os cofres públicos estaduais e municipais e qual é o reflexo do ponto de vista federativo. Esse é o debate jurídico.

A questão orçamentária, portanto, na verdade, é uma consequência.

Imaginemos que amanhã a União pudesse suprimir uma norma de caráter tributário que leva, talvez, a capacidade do Estado-membro básica: subir ICMS. Isso não diria respeito à Federação?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): A tese, em si, já foi enfrentada, a tese da carência de recursos orçamentários diversas vezes já foi enfrentada aqui. Eu cito até algumas ações diretas de inconstitucionalidade: ADI 3.599, por exemplo, nós dissemos que essa tese da carência de recursos não é levada em consideração quando se trata de julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Nem tampouco outras distorções notadas, criando uma casta de privilegiados.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Agora claro que, disse o Ministro Celso de Mello muito bem: é de se esperar das autoridades o quê? O senso de responsabilidade compatível com as suas altas funções. E aqui nós temos uma lei que estabelece aquilo que a Constituição ordena: educação é a prioridade das prioridades. Educação é a prioridade das prioridades nacionais porque é só ler o art. 205: a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, visa ao preparo da pessoa para a cidadania, visa ao preparo da pessoa para o mercado de trabalho. Quer dizer, essas são as finalidades da educação, a justificar esse tratamento obsequioso mediante, entre outras medidas de proteção, piso nacional remuneratório.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte com relação a essas considerações de natureza orçamentária? Nós temos um sistema bicameral *sui generis* no Brasil, que aliás é similar ao sistema bicameral em outras federações. Nós temos a Câmara dos Deputados, onde estão congregados representantes do povo, e nós temos o Senado, que por força da nossa Constituição, expressamente – isso ocorre em todas as federações –, representa os Estados-membros e o Distrito Federal.

Portanto, quando um projeto de lei passa pela Câmara dos Deputados e é analisado pelo Senado Federal, onde estão congregados os representantes dos Estados-membros, essas considerações de natureza orçamentária foram

certamente feitas e estão superadas, porque a missão precípua do Senado é exatamente examinar os impactos orçamentários, nos entes federados, dos diversos projetos de lei que lá tramitam.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): E mais, Ministro, o Senado é composto majoritariamente por ex-governadores, que estão plenamente conscientes da dimensão orçamentária.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Chamando o feito à ordem, Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu vou reajustar, Ministro Celso, porque o meu voto na cautelar ia na mesma direção do voto do Ministro Lewandowski e do Ministro Fux. Portanto, no mérito eu reajustei ao voto da maioria na cautelar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu estou rerreajustando para acompanhar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É um ajuste mínimo.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): O federalismo brasileiro não é de cooperação? Por que o Ministro Lewandowski assim entende doutrinariamente, ou eu mesmo ou qualquer outro Ministro da Casa? É porque a Constituição o diz. É só lermos, por exemplo, o art. 23, parágrafo único, e vamos encontrar:

> Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No capítulo mesmo Da Educação, que é o que nos interessa focadamente, o art. 211 volta a falar de Estado de cooperação:

> Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração [colaboração é cooperação] *seus sistemas de ensino.*

Ou seja, o Estado brasileiro, a Federação brasileira já nasce com sua compostura jurídica, ora mais ampliada, ora mais restrita, nos termos da Constituição, disse bem a eminente Vice-Procuradora-Geral da República Deborah Duprat.

O que diz a Constituição a propósito dos Estados? Que eles se organizam segundo suas leis e constituições, observados, porém, os princípios da Constituição:

> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

No art. 11 do ADCT, citado pelo Ministro Celso de Mello, a Constituição reconhece aos Estados poder constituinte, observados os princípios desta Constituição.

No art. 29, os Municípios se regem por leis orgânicas, observados os princípios desta Constituição.

No art. 32, sobre o Distrito Federal: o Distrito Federal se organiza e se rege pela sua lei orgânica, observados os princípios desta Constituição.

Ora, piso salarial é princípio, assim nominalmente grafado pela Constituição.

No art. 206 está dito:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

Ou seja, não são apenas regras. Segundo aquela dicotomia pós-positivista: princípios e regras. Além de incluir os princípios no rol das normas jurídicas, ou no repositório de normas que compõem o Direito, o pós-positivismo confere prioridade aos princípios. Reconhece-lhes uma força normativa ainda maior que as regras. Por isso que a Constituição diz:

> V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

Valorização dos profissionais.

Aí, a Constituição, em destaque, em outro dispositivo, fala:

> VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal [que é essa lei que estamos agora analisando].

Piso salarial profissional já seria uma forma de valorização, lógico, dos profissionais da educação. Mas a Constituição achou tão importante garantir aos professores um piso salarial que fez o destaque, a separação. Colocou a matéria piso salarial em dispositivo autônomo, separado daquele que cuida de valorização dos profissionais. Ou seja, o piso salarial profissional, ou nacional, é um instituto jurídico de Direito Constitucional caracterizado nominalmente como princípio, e, portanto, vinculante dos Estados, vinculante dos Municípios, vinculante do Distrito Federal. A nossa Federação já nasceu formatada com essa obrigatoriedade de observar os princípios da Constituição. Não há falar, portanto, em quebra do pacto federativo, até porque, em rigor, nem pacto é. Nos Estados Unidos sim, porque os entes da federação eram soberanos e decaíram espontaneamente da soberania, transformando-a numa autonomia. Então houve, de fato, um pacto. Aqui, eu tenho que é mais técnico falar de laços federativos, porque nós éramos um Estado unitário e que se transformou num Estado plural, num Estado federado.

Então, essa questão da quebra do princípio federativo não prospera, *data venia*, porque o formato do nosso Estado federal já se fez no lastro da Constituição com essa obrigatória observância dos princípios, dentre os quais figura o piso salarial profissional nacional dos professores como um direito deles, correspondendo à noção de mínimo existencial. Isto é, um mínimo existencial para os profissionais de ensino, porque eles precisam, são devotados, são dedicados,

como todo professor. O professor é diferente. Ele não se desvencilha da sala de aula, não descarta a sala de aula como se fosse o descarte de uma gravata, de um paletó, de uma calça. A sala de aula acompanha o professor vida afora. Professor que é professor, vocacionado, ele está com a sala de aula, com os alunos, com as matérias a ensinar permanentemente na sua cabeça. É por isso que ele precisa de um tempo extraclasse, para se dedicar a correção de provas, leituras, reflexões, visitas a bibliotecas, frequência de cursos. É por isso que a lei, sabiamente, reservou um percentual de atividade extraclasse para o profissional do ensino básico.

De outra parte, a Constituição criou um sistema verdadeiramente nacional de interpenetração federativa ou de transfederalismo. Um sistema autofinanciado ou financiado com recursos tipicamente públicos, que são recursos tributários, e com recursos orçamentários transferidos da União para o Fundeb e dos Estados também, e com aporte de normatividade para obrigar a União a transferir recursos para os Municípios.

Basta lembrar o seguinte: a educação é tão importante para o nosso Magno Texto que ela está versada na Constituição em 96 dispositivos. Noventa e seis dispositivos, entre a parte permanente e a parte transitória. Por isso que a educação, pelo menos a médio e longo prazo, é a prioridade das prioridades constitucionais, a justificar mesmo a criação de um piso que, por ser o mínimo existencial dos professores, se impõe à cláusula da reserva financeira do possível. A cláusula da reserva financeira do possível não pode operar diante dessa prioridade máxima que a Constituição conferiu à educação em geral e ao piso profissional em particular.

Veja-se que, na Constituição, as entidades se interpenetram para pagamento de folha salarial. De folha remuneratória. Por quê? Porque é um sistema diferenciado. É um vínculo de solidariedade, até para custear despesas de pessoal.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Há um vínculo de solidariedade federativa.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): A organicidade, aqui, chega a ser visceral. Foi o modelo que a Constituição concebeu pela primeira vez em nosso País para dizer que educação é fundamental. E é o primeiro dos direitos sociais do art. 6º. É direito de todos e dever do Estado.

E no art. 205, magnificamente, repito, se fala das excelsas finalidades da educação, que tem um conteúdo filosófico, espiritual:

> 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 [é a dimensão filosófico-espiritual do comando constitucional], seu preparo para o exercício da cidadania [é a preocupação da Constituição com a formação política do educando] e sua qualificação para o trabalho [que é uma qualificação eminentemente técnica, produtivo de sustento próprio e de sua família].

Em suma, uma macrovisão constitucional me leva a referendar o voto do Relator e do Ministro Luiz Fux, porque, afinal, os dois estão a se compor numa unidade de pensamento, seguidos pela Ministra Cármen Lúcia, Ministra Ellen,

Ministro Lewandowski, Ministro Celso de Mello, com o que peço vênia aos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhor Presidente, tenho a impressão de que a Ministra *Ellen Gracie* acompanhou o voto do Ministro Relator.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Faremos o destaque na proclamação do resultado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Veja Vossa Excelência que eu tinha razão quanto ao *quorum*, à permanência no Plenário, daqueles que já votaram.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas uma observação.

Sem querer tripudiar, levando em conta o que sustentei, se a Ministra Cármen Lúcia não tivesse retornado ao recinto, não haveria maioria absoluta de seis votos, considerado o reajuste procedido pelo Relator.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Tem razão, mas a Ministra Cármen Lúcia, ao sair, já anunciava, ou pelo menos ela me anunciou, que retornaria. Saía para atender...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não, não estou falando do retorno, porque também acreditei que Sua Excelência retornaria, porque a conheço bem.

Apenas estou dizendo sobre a necessidade e importância de observar-se, pelo menos, a presença de oito colegas, considerada a exigência para deliberação de seis votos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): No que Vossa Excelência tem sido um baluarte aqui nesta nossa Casa de Justiça.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A categoria profissional sairia perdendo a essa altura.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Vamos proclamar o resultado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pedi vênia agora ao Ministro Relator, eu estou julgando parcialmente procedente. Apenas reitero meu voto no sentido de declarar constitucional o piso, exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Então, Vossa Excelência e a Ministra Ellen julgam parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estou julgando, de toda sorte, parcialmente procedente. O que não altera o *quorum*.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Os Ministros Luiz Fux, Lewandowski, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Ayres Britto julgam totalmente improcedente a ação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: São seis?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, são seis.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não. Mas se somam.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí não é para declarar a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não tem *quorum* para declarar a constitucionalidade da norma.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Somaria quanto ao voto médio?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Se somam com os dois votos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A lei é constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, é porque não se obtiveram seis para declarar a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, não há *quorum* para declarar a inconstitucionalidade; a lei é constitucional, evidentemente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, a norma regimental e depois a norma da Lei 9.868 estabelecem que precisamos de seis votos para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Perfeito, mas a dissonância...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu me guio pela Constituição. A Constituição Brasileira, no seu art. 97, diz que, para se declarar inconstitucional uma norma, é preciso de uma maioria absoluta.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É verdade. É preciso de maioria absoluta. E a parcialidade, o julgamento de inconstitucionalidade parcial alcança apenas a questão da perda de objeto. Só isso: dos arts. 3º e 8º.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não atingida essa maioria absoluta, a lei é constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não. Eu considero inconstitucional o § 4º do art. 2º.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O prejuízo, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Certo, quanto ao regime de trabalho, então.

E vencidos os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Vossas Excelências, também, consideram apenas parcialmente, não é?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, foi julgada improcedente a ação direta. Nós julgamos a ação improcedente, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O resultado qual é? Declara-se inconstitucional o regime de trabalho, a divisão das horas? Declara-se constitucional? Há seis votos em um sentido ou noutro?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não, não há seis votos no sentido de julgar o regime de trabalho inconstitucional. Não há seis votos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Nós julgamos a ação improcedente, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não seria interessante, diante do contexto, a suspensão?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não. É a proclamação do resultado.

Agradeço a presença de todos.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Devo esclarecer que, quanto à proclamação do resultado da ADI 4.167, no que se refere ao § 1º do art. 2º, aos incisos II e III do art. 3º e ao art. 8º, todos da Lei 11.738 de 2008, esta nossa Corte, por maioria, julgou improcedente a ação. E, no que toca ao § 4º do art. 2º da mesma lei, como cinco votos deram pela improcedência da ação e quatro pela procedência, deliberamos, então, pelo aguardo do Ministro Cezar Peluso. Pergunto se há alguma divergência. Não há. Aprovada a ata.

O Dr. Roberto de Figueiredo Caldas (Advogado): Vossa Excelência, pela ordem.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Pois não.

O Dr. Roberto de Figueiredo Caldas (Advogado): A respeito desta proclamação, gostaria de suscitar, com a devida vênia, uma complementação, que é a presença, também, de outro Ministro que estava ausente, o Ministro Dias Toffoli. Como estamos em sede de processo...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Ah, já sei, objetivo em que não há impedimento nem suspeição. Mas, isso deliberaremos na devida ocasião, quando do retorno do Ministro Cezar Peluso.

O Dr. Roberto de Figueiredo Caldas (Advogado): Excelência, por dever de ofício, temos o dever de anunciar que suscitaremos, também, a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 9.868, que exige, para a declaração de constitucionalidade, o *quorum* de maioria absoluta de seis membros.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Na ocasião Vossa Excelência fará essa sustentação. Aguardemos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, aguardemos, inclusive, o acórdão. E, talvez, os embargos declaratórios, mas não se atribuindo ao Colegiado a omissão.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Perfeito. Obrigado a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Presidente, como Relator, gostaria de trazer uma consideração: falta um voto a ser proferido, não é? E o resultado está cinco a quatro; suponhamos que o Ministro Peluso venha a proferir um voto pela inconstitucionalidade, teremos um empate de cinco a cinco. De qualquer sorte, a lei será constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É, mas à luz do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868, a lei preservará a sua validade relativa, mas não ganhará

a validade absoluta, *jure et de jure,* à falta dos seis votos, e, portanto, não inibirá a judicatura difusa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Mas, Senhor Presidente, essa é uma construção sibilina, contra a qual eu me insurgi ontem. Porque, veja bem, a lei, no momento em que é votada pelo Congresso Nacional, goza de uma presunção de validade constitucional; e, se nenhum dos legitimados pelo art. 103 da Constituição propuser uma ação direta de inconstitucionalidade, ela continua com essa validade constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Continua com a validade relativa – *juris tantum*, portanto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Agora, veja que paradoxo, basta que alguém, algum desses legitimados, proponha uma ação direta para que essa legitimidade desapareça, e nós tenhamos que aguardar uma deliberação de seis Ministros do Supremo. Isso é um absurdo!

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Mas é a diferença entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. A ação declaratória de constitucionalidade existe para transformar uma validade relativa em validade absoluta. E aí, sim, inibir a judicatura difusa de proferir decisão de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, são essas teses que não se justificam diante da disposição clara do art. 97 da Constituição: para se declarar uma lei inconstitucional, são precisos seis votos desta Corte. Pronto, mais nada. Maioria absoluta.

Qualquer disposição legal infraconstitucional que contradiga esse dispositivo da Constituição é inconstitucional, é contrário à Constituição. Então, estamos criando impasses desnecessários; impasses na evolução, no desenvolvimento dos nossos trabalhos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Eu vejo por outro prisma. Acho que o parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868 não padece de inconstitucionalidade, em face exatamente da diferença ontonlógica entre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade e o objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu não estou dizendo isso não. A Constituição é soberana, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Sem dúvida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, essa construção, na verdade, vem de tempos bastante remotos, antes mesmo da adoção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; isso já constava do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em relação à chamada representação de inconstitucionalidade. Estabeleceu-se, então, a necessidade de que, para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade – isso ainda já na representação de inconstitucionalidade –, eram necessários seis votos. Por quê? Porque essa decisão era dotada – como Vossa Excelência bem

explicitou – de eficácia *erga omnes*, de efeito vinculante. Tanto que é pacífico na doutrina que uma coisa é essa declaração formal pelo Supremo, outra é uma mera sentença de rejeição de inconstitucionalidade.

E temos, então, ainda uma peculiaridade no sistema constitucional brasileiro, e foi por isso que o Supremo avançou para essa modelagem, para a adoção desse modelo, exatamente porque temos a convivência de um sistema difuso com um sistema concentrado. Portanto, se não se pronuncia a declaração de constitucionalidade com essa eficácia *erga omnes* ou com esse efeito vinculante, qualquer juiz ou tribunal poderá fazer uma opção por um outro modelo. Simplesmente por isso. Então, foi essa a razão.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Perfeito. Difusamente para o caso concreto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E veja que isso não está associado sequer à Lei 9.868. Trata-se de uma norma que consta do Regimento e que foi assim pensada – isso já em tempos quase que imemoriais – em razão do modelo misto do controle de constitucionalidade no Brasil.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite estabelecer mais uma distinção, considerado o processo subjetivo e objetivo? Se, no processo subjetivo, não se chegar à maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, o incidente fica fulminado. Não se declara a constitucionalidade.

Na ação direta de inconstitucionalidade, há ação de mão dupla, como ocorre, também, na declaratória de constitucionalidade. Tanto o Supremo pode acolher o pedido inicial na primeira e declarar inconstitucional o preceito atacado, como pode declarar constitucional com eficácia maior, ou seja, com eficácia a ponto de repercutir em outras situações jurídicas. Para que isso ocorra, conforme ressaltou Vossa Excelência, são indispensáveis os votos da maioria absoluta dos integrantes.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Perfeito. Pelo menos em caráter delibatório, entendo assim.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, é muito rápida a minha intervenção, só para manifestar a mesma perplexidade que manifestou o Ministro Joaquim Barbosa. Porque uma coisa – como Vossa Excelência disse – é a propositura de uma ação declaratória de constitucionalidade. Isso é uma ação própria cujo objeto do libelo é a declaração de constitucionalidade da lei. Aí, efetivamente, temos que ter um *quorum* constitucional para a declaração da constitucionalidade.

Agora, aqui, o que parece completamente uma *contradictio in terminis* é exatamente esse detalhe prático. Quer dizer, a Corte suprema rejeita a declaração de inconstitucionalidade e um juiz de primeiro grau pode *incidentur tantum* dizer que a lei é inconstitucional?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Porque não tem efeito vinculante.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Pois é.

O Sr. Ministro Luiz Fux: *Data maxima venia*, esse é um entendimento que inverte completamente a própria lógica do sistema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A jurisdição fica aberta, não fica vinculada à decisão do Supremo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade não é uma declaração de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade já se autoexplica: é uma ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, vamos ter a oportunidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Para que ela é direta, Senhor Presidente?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é obter deste Supremo uma declaração de quê? De inconstitucionalidade, que, se não é proferida, deixa a lei no estado em que se encontrava, desfrutando de sua presunção de validade. Mas ainda é uma presunção de validade relativa, não se torna absoluta. Mas discutiremos isso no devido tempo, mais aprofundadamente em outra ocasião.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.167/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul), Governador do Estado do Paraná (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Paraná), Governador do Estado de Santa Catarina (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina), Governadora do Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul) e Governador do Estado do Ceará. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – Contee (Advogado: Salomão Barros Ximenes), Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – Sismmac (Advogada: Cláudia Maria Lima Scheidweiler), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE (Advogado: Roberto de Figueiredo Caldas), Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – Sindiupes (Advogado: José Roberto de Andrade), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – Sintego (Advogada: Regina Claudia da Fonseca) e Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – Sindifort (Advogados: Thiago Câmara Loureiro e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta quanto ao § 1º do art. 2º, aos incisos II e III do art. 3º e ao art. 8º, todos da Lei 11.738/2008, com a ressalva do voto do Ministro Gilmar Mendes, que dava interpretação conforme no sentido de que a referência do piso salarial é a remuneração, e vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), que

julgava improcedente a ação quanto ao § 4º do art. 2º da lei impugnada, no que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Ayres Britto, e os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, foi o julgamento suspenso para aguardar o voto do Ministro Cezar Peluso (Presidente), nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868/1999. O Ministro Marco Aurélio suscitou questão de ordem, rejeitada pelo Tribunal, quanto à falta de *quorum* para prosseguimento da votação sobre matéria constitucional. Votou o Presidente. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em participação na *U.N. Minimum Rules/World Security University*, em Belágio, Itália. Falaram: pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado; pelo Governador do Estado de Santa Catarina, o Dr. Esequiel Pires, Procurador do Estado; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – Contee, respectivamente, o Dr. Roberto de Figueiredo Caldas e o Dr. Salomão Barros Ximenes e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). 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, 6 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E profiro meu voto, brevemente, julgando procedente a ação em relação ao § 4º do art. 2º, porque a situação é diversa do que se dá em relação ao piso salarial previsto no art. 206, inciso VIII, da Constituição da República, c/c o art. 60, III, *c*, do Ato das Disposições Transitórias, e que abre, textualmente, uma exceção à autonomia dos Estados para a previsão desse limite mínimo de remuneração.

No caso, como se trata de jornada de trabalho, que é matéria típica do regime jurídico dos servidores, não encontro nenhuma norma constitucional que ampare a edição da norma impugnada, que a meu ver, com o devido respeito dos votos em contrário, está em absoluta e franca dessintonia com a autonomia reservada aos Estados, que devem levar em consideração, na composição da jornada de trabalho, as particularidades locais.

DEBATE

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Pois não.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu acho que não há seis votos para a declaração desse dispositivo, porque houve um reajuste de voto. Se não me engano, havia cinco a quatro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E o Ministro Relator Joaquim Barbosa reajustou, não foi isso?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Mas, já contando com o reajuste do Relator, estava cinco a quatro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, Vossa Excelência estava julgando...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Agora, com o voto de Vossa Excelência fica cinco a cinco.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência reajustou o voto para julgar...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Foi.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Improcedente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Improcedente?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Improcedente. Com o voto de Vossa Excelência fica cinco a cinco.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro Dias Toffoli está impedido.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Está impedido. Nós temos um empate.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Diante disso nós estamos num impasse.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Retorna-se àquela tese de que, quando não há...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Há regra regimental para resolver qualquer impasse nesta Casa. A situação de empate terá sempre solução possível, com composição plena ou sem ela. Para isso, nós temos várias regras regimentais.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Tem. Eu acho que a própria lei e a Constituição oferecem soluções. O art. 97 da Constituição. Serão necessários seis votos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E a própria Constituição afirma. Neste caso há solução.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Seis votos, art. 97.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É a minha tese também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Surge um problema seriíssimo no tocante à eficácia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, vamos ter de proclamar a improcedência total da ação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeitamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É sobrestar para aguardar alguma...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Nessas condições.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A questão do número de votos, no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, precede até mesmo a Lei 9.868. É uma matéria que está no Regimento Interno há muitos anos e se aplica inclusive ao controle incidental, aplica-se inclusive ao incidente de inconstitucionalidade. Quando a matéria vem a Plenário, o Tribunal se pronuncia num ou noutro sentido. E por quê? Porque, na verdade, isso resulta do nosso chamado modelo misto de controle de constitucionalidade que exige que o Tribunal uniformize um pronunciamento para orientar todas as instâncias sobre o que vige.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Tanto é que, se acompanharmos autores como Zagrebelsky, falando da Corte Constitucional italiana, ele diz a *sentenze di rigetto*, a sentença de rejeição; ela não é uma declaração de constitucionalidade; Por quê? Aí é uma situação peculiar, porque a Corte tem o monopólio da censura. Ela tem a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade. Agora, no nosso caso, a construção se faz nesse sentido e sempre foi assim. Os arts. 173 e 174 – salvo engano – do Regimento Interno estabeleceram, portanto, e não são inspirados, portanto, no art. 97 da cláusula da reserva.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O art. 97 da Constituição Federal versa o incidente de inconstitucionalidade, não o processo objetivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, é uma questão, realmente, muito séria. O que nós podemos dizer? Com o empate, obviamente a lei não foi declarada inconstitucional, agora, também não tem maioria. Nós vamos estar exatamente num caso de sentença de rejeição da inconstitucionalidade, mas sem efeito vinculante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A matéria vai ficar em aberto para os juízos decidirem em cada caso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Há um outro aspecto que, a meu ver, deve ser considerado que é a presunção de constitucionalidade da lei, quer dizer, prevalece a vontade do Congresso Nacional, que representa a soberania popular.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O problema não é de presunção. O problema é que não há eficácia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida, é porque a Constituição exige maioria absoluta exatamente para preservar essa presunção.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então o resultado é que a ação é julgada improcedente sem eficácia vinculante, em relação a esse dispositivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Rejeitou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A totalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sem declarar a constitucionalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em relação a todos os demais dispositivos, exceto o § 4º do art. 2º sobre o qual...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, eu acho que rejeitou a ação de inconstitucionalidade *tout court*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Presidente, não pode ser assim.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não. Com meu voto há seis em relação a todos os demais pedidos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O que o autor pediu foi a declaração de inconstitucionalidade. Ele não obteve absolutamente nada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, de fato o resultado é de improcedência, mas, em relação aos efeitos desta, há efeito vinculante só em relação ao juízo de inconstitucionalidade das demais normas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Os efeitos, Senhor Presidente, vão ser resolvidos caso a caso, caso haja.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Foi alcançado o *quorum* mínimo legal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Nós não vamos ficar aqui suscitando problemas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só em relação ao § 4º do art. 2º é que foi rejeitado, mas não houve *quorum* para desatar efeito vinculante a respeito.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro Joaquim Barbosa, é que o exame se faz dispositivo por dispositivo. E quanto ao § 4º não se obteve a maioria absoluta.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não se obteve a maioria absoluta nem para os seis votos, nem para julgar improcedente e nem procedente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Somente com relação ao § 4º.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O que o autor visava era a declaração de inconstitucionalidade. Não se obteve? Declara-se improcedente a ação como se declara em todas as demais ações. Acabou!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas a pretensão era a declaração de inconstitucionalidade não de toda a lei, mas dispositivo por dispositivo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O problema da eficácia vai se resolver caso a caso, caso os problemas surjam. Eu acho que não cabe a nós, aqui, neste momento, estar suscitando problemas, atraindo causas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, mas o silêncio do Tribunal atrai o disposto no art. 28 da Lei 9.868/1999, quanto à eficácia, e é justamente essa

eficácia que não é alcançada, e, portanto, devemos deixar explícito para evitar, inclusive, controvérsias futuras, ou seja, fica o tema em aberto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O problema ultrapassa a questão da pretensão. A pretensão foi rejeitada, esse não é o problema. O problema é saber qual é a eficácia da decisão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não é vinculante, no caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em relação ao § 4º do art. 2º, o juízo de improcedência não tem caráter vinculante. Fica proclamado como resultado: foi julgada a ação improcedente sem efeito *erga omnes* e caráter vinculante do juízo de improcedência em relação ao § 4º do art. 2º da lei impugnada. É esse o resultado que fica proclamado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, apenas eu ponderaria que isso pode parecer um convite ao descumprimento da lei.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque se nós indicamos que a nossa decisão não é vinculante o que vai acontecer? As prefeituras e os Estados não cumprirão esse dispositivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, se nós não o declararmos, poderão fazê-lo do mesmo modo; nós só estamos deixando claro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, mas aí incorrerão nas penas da lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, há uma solução: o Relator voltar à postura primitiva!

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não há nenhuma solução. O Relator redigirá o acórdão. Caso haja embargo, caso haja alguma irresignação, será resolvida pelo Plenário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, mas o Plenário está decidindo isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O Plenário já decidiu. A ação foi rejeitada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, vou colher os votos. Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência reconhece distinção de eficácia?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A não ser que o Ministro Dias Toffoli resolva participar do julgamento e acabar com esse impasse.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência reconhece distinção de eficácia?

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, no momento em que votei, o Ministro Gilmar Mendes, inclusive, advertiu que a Corte tinha uma posição preponderante no sentido de que não havia essa dupla face, ou seja, uma vez julgada improcedente a ação declaratória de inconstitucionalidade automaticamente nós estaremos julgando a constitucionalidade da lei, não é?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Com seis votos, é o que nós não estamos tendo agora.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Então a lei, em si, foi considerada constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É que o exame se faz dispositivo por dispositivo da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Agora temos de distinguir em relação ao dispositivo, é isto que nós queremos saber: se Vossa Excelência distingue os juízos de improcedência em relação a cada dispositivo; a todos os demais dispositivos, exceto o § 4º do art. 2º...

O Sr. Ministro Luiz Fux: Que não foram nem objeto de impugnação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Os que foram objeto de impugnação que nós julgamos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Quanto a todos os demais dispositivos, a ação foi julgada improcedente com o *quorum* do qual decorre a eficácia vinculante.

Em relação ao § 4º do art. 2º, a ação foi julgada improcedente, mas sem o *quorum* que poderia atribuir efeito vinculante à decisão. É com isso que Vossa Excelência está de acordo?

O Sr. Ministro Luiz Fux: É isso. Estou de acordo, porque é essa a jurisprudência da Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, acompanho a objeção do Ministro Joaquim Barbosa.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu também. Em relação ao § 4º, a nossa decisão não alcançou o *quorum* que atribuiria a essa decisão o caráter vinculante.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, mantenho meu voto, rigorosamente nos termos proclamado por Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a ação é de mão dupla: se o Tribunal julga improcedente o pedido inicial, declara a constitucionalidade do ato normativo atacado. Para que esse pronunciamento tenha eficácia *erga omnes*, é indispensável que seja alcançado o *quorum* de deliberação, ou seja, o *quorum* de julgamento de seis votos. Isso decorre do Regimento Interno do Supremo e da Lei 9.868/1999.

O mesmo se verifica quando o Tribunal se pronuncia pela procedência do pedido inicial. A inconstitucionalidade pressupõe seis votos. Não podemos dizer que no tocante à constitucionalidade há de se exigir seis votos, o mesmo não ocorrendo quanto à declaração de inconstitucionalidade. Estamos diante de um impasse e a solução é única: assentar-se a conclusão da maioria, mas sem o efeito próprio ao pronunciamento, que seria a eficácia vinculante.

É como me pronuncio.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, eu gostaria de acrescentar algumas palavrinhas.

A lei, tão logo votada pelo Congresso Nacional, não precisa autorização...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que fizemos, então, até aqui, julgando esta ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não. Deixa eu falar, Ministro. A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta não pelo Congresso Nacional mas, sim, por partidos políticos ou governadores. O que quero dizer é exatamente isto: a lei votada pelo Congresso Nacional não precisa do Supremo Tribunal Federal para vincular todos os cidadãos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quem afirmou o contrário, Excelência?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas é uma presunção relativa. A lei só ganha presunção absoluta com a obtenção dos seis votos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Nós estamos em uma democracia, Ministro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aí, a presunção relativa da lei se torna presunção absoluta, *erga omnes*, portanto, vinculando toda a Magistratura nacional.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, Ministro, quando há críticas ao judiciarismo a que o Brasil está submetido, essas críticas têm muita razão por isso. Por quê? A lei é votada no Congresso Nacional. Ora, essa lei só vai vincular a sociedade brasileira se o Supremo Tribunal Federal, por seis votos, assim decidir?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, Vossa Excelência concluiria da mesma forma se fosse colada a pecha de inconstitucional? Dispensaria a maioria absoluta?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A lei vincula, porque ela foi votada pelos nossos representantes.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E sancionada pelo Presidente da República, e, para se aperfeiçoar, ela não precisa da manifestação do Supremo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, ela não precisa desses seis votos para vincular. Ela não precisa. Isso é dogma!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas com essa presunção relativa de validade, ela pode, a lei, ser julgada inconstitucional no controle *incidenter tantum*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossas Excelências me permitem? O problema não é de vinculação da lei, o problema é de vinculação do juízo do Tribunal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É isso mesmo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): É o que estou dizendo, Senhor Presidente. A lei está em vigor, foi votada em 2008 ou 2009. Esta lei foi impugnada perante esta Corte, não se logrou declarar inconstitucional essa lei. Por que essa lei não vincula?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ela preserva a presunção.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vou ter de declarar, aqui, no resultado do julgamento, ou melhor, por que vamos ter que convidar as prefeituras deste País a não obedecer à lei? É o que nós estamos fazendo, aqui, exatamente isto: convidar às prefeituras a não obedecer, dizendo: bom, essa parte da lei não vincula, o que vincula é somente essa parte da lei, esses dispositivos que obtiveram os sete votos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Excelência, não é isso. A lei obriga em todo o território nacional. Apenas a decisão do Tribunal é que não fecha a porta aos legitimados para questionarem esse preceito em outro processo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O Tribunal não legisla para o País.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso não é legislar, Excelência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O que está por trás disso é exatamente essa postura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Parece-me que Vossa Excelência pretende legislar para o País!

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite?

O critério é idêntico, quer se trate de enfoque quanto à inconstitucionalidade ou quanto à constitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), uma vez não alcançada a maioria absoluta, não há a declaração com a eficácia prevista pelo sistema, obrigando a todos.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Gostaria de observar que, neste caso específico, se houver alguma recalcitrância por parte de Estados e Municípios, certamente, haverá recurso judicial, medidas judiciais. Se algum juiz declarar a lei inconstitucional, a matéria subirá a tribunal e poderá vir ao Supremo, em recurso extraordinário, e aí o tema poderá ser solucionado, inclusive, com a composição completa do Tribunal. De modo que o sistema acaba propiciando solução.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É solução.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Nada disso estaria acontecendo se o Tribunal simplesmente declarasse que a ação direta foi julgada improcedente.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Pela ordem, do momento em que votei fui alertado pelo Ministro Gilmar Mendes que a jurisprudência da Corte não era bifronte, no sentido de que uma vez julgada improcedente a ação de inconstitucionalidade, automaticamente a lei seria constitucional e vice-versa. Eu verifico agora, que, exatamente, está na *ratio essendi* da Lei 9.868, o seguinte:

> Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.
>
> Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Fica-se aguardando que venha um outro componente para se alcançar esse número que está previsto na Constituição Federal.

Então, realmente, a ideia da lei é exatamente essa, no sentido de que a maioria está agora sufragando.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, apenas estou de acordo com a tese, mas não estou de acordo que isso conste da proclamação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Pois é. Por isso proclamamos que o voto de Vossa Excelência é contrário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Concordo com as ponderações dos eminentes Pares que esse é o resultado prático. Mas apenas, pelas razões de

natureza pragmática, inclusive para evitar um convite ao descumprimento da lei, e como nós jamais fizemos constar isso das nossas decisões, é que me opus a que isso constasse.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Exatamente. É isso que estou dizendo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É porque nós não tínhamos tido nenhuma situação de empate nesta matéria.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Fazer constar isso significa gerar conflitos, não é?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, e a nossa missão é pacificar conflitos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Tecnicamente a decisão está certa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Nós aqui, a tradição é: julgada procedente ou julgada improcedente.

O Sr. Ministro Luiz Fux: É. Nesse particular, se isso é o efeito legal, presume-se que se conhece. Não precisava colocar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Pois é.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se me permitem, o Tribunal já proclamou, por maioria, esse resultado. Ademais, gerar conflitos, a falta de declaração poderia gerar outro: saber se tal dispositivo poderia ser, ou não, novamente impugnado. É outro tipo de conflito, que a decisão agora resolve: pode ser impugnado perante o juízo, pelo interessado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não gera conflito, Senhor Presidente. Por quê? Porque a lei aprovada pelo Congresso é constitucional; ela presume-se constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas não fica imune a controle judicial de constitucionalidade incidental.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, o Tribunal já decidiu. Não temos mais nada o que fazer. Proclamado o resultado. Vamos a novos feitos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Proclamado. E eu redigirei o acórdão.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.167/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul), Governador do Estado do Paraná (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Paraná), Governador do Estado de Santa Catarina (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina), Governadora do Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul) e Governador do Estado do Ceará. Interessados: Presidente

da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – Contee (Advogado: Salomão Barros Ximenes), Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – Sismmac (Advogada: Cláudia Maria Lima Scheidweiler), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE (Advogado: Roberto de Figueiredo Caldas), Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – Sindiupes (Advogado: José Roberto de Andrade), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – Sintego (Advogada: Regina Claudia da Fonseca) e Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – Sindifort (Advogados: Thiago Câmara Loureiro e outros).

Decisão: Colhido o voto do Presidente, Ministro Cezar Peluso, que julgou procedente a ação relativamente ao § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski. 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, 27 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.298 — TO

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB — Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins

1. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Petição inicial. Emenda antes do julgamento do pedido de liminar. Admissibilidade. Revogação da lei originalmente impugnada. Lei nova que, na pendência do processo, reproduziria normas inconstitucionais da lei revogada. Aproveitamento das causas de pedir. Economia processual. Em ação direta de inconstitucionalidade, admite-se emenda da petição inicial antes da apreciação do requerimento de liminar, quando tenha por objeto lei revogadora que reproduz normas arguidas de inconstitucionais da lei revogada na pendência do processo.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 2.154/2009 do Estado do Tocantins. Eleição de governador e vice-governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Votação nominal e aberta. Constitucionalidade aparente reconhecida. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro. Liminar indeferida. Precedente. Em sede de tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade, aparenta constitucionalidade a lei estadual que prevê eleição pela Assembleia Legislativa, por votação nominal e aberta, para os cargos de governador e vice-governador, vagos nos dois últimos anos do mandato.

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, preliminarmente, em acolher a petição de emenda à inicial. E, por maioria, em indeferir o pedido de medida cautelar, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que a deferia em parte. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo requerente, o Dr. João Costa Ribeiro Filho; pelo requerido, o Dr. Fernando Pessoa da Silveira Mello, Procurador do Estado; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República.

Brasília, 7 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1.** Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de liminar, propostas pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), respectivamente, contra a Lei 2.143, de 10 de setembro de 2009, do Estado do Tocantins, que "dispõe sobre a eleição, pela Assembleia Legislativa, para Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins, na forma prevista no § 5º do art. 39 da Constituição Estadual", e contra a Lei 2.154, de 26 de setembro de 2009, também do Estado do Tocantins, com idêntica ementa.

Eis o teor da lei originalmente impugnada:

> Art. 1º Vagos os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins, nos dois últimos anos de mandato, a eleição para preenchimento dos cargos é feita pelo sufrágio dos Deputados integrantes da Assembleia Legislativa em sessão pública e por meio de votação nominal e secreta.
>
> Art. 2º Cada Deputado pode inscrever, perante a Mesa da Assembleia, uma chapa composta por brasileiros maiores de 30 anos, até 48 horas antes da data de ocorrência da eleição, sendo considerados eleitos os candidatos cuja chapa obtiver a maioria dos votos dos Deputados.
>
> Art. 3º A eleição deve ocorrer até 30 dias depois da última vaga, em sessão extraordinária, marcada para tal fim.
>
> Art. 4º A Mesa Diretora da Assembleia Legislativa proporá normas que facilitem a aplicação desta Lei.
>
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Palácio Araguaia, em Palmas, aos 10 dias do mês de setembro de 2009; 188º da Independência, 121º da República e 21º do Estado.

2. Argui o autor, em síntese, a inconstitucionalidade formal e material da lei, por afronta aos arts. 1º, 2º, 16, 17, § 1º, 37, *caput*, 61, *caput*, e 81, § 1º, da Constituição da República.

Alega ocorrência de vício de iniciativa, por ser o projeto de autoria do chefe do Poder Executivo e não se admitir, na espécie, "iniciativa extraparlamentar" (fl. 6). A afronta seria agravada pelo fato de o Governador interino do Estado de Tocantins ser o candidato consensual da Assembleia para assumir o posto de Governador do Estado, em eleição indireta, em situação "irrazoável e casuística" (fl. 8).

Sustenta, ainda, ofensa ao princípio da anualidade, insculpido no art. 16 da Constituição Federal, bem como violação da expressão "trinta dias depois", posta no art. 81, § 1º, dada a expressão "até trinta dias", que consta do diploma recém-aprovado.

Manifesta-se, ademais, pela inconstitucionalidade do termo "secreta", previsto na parte final do art. 1º da lei, por violação ao princípio da publicidade e por falta de autorização constitucional.

E impugna o art. 2º com base em alegada violação do art. 17, §1º, da CF, que, após as recentes decisões de TSE e de STF acerca da fidelidade partidária, apontaria ser o cargo representativo do partido e não do candidato – o que daria

ensejo à participação efetiva dos partidos no processo de escolha e eleição indireta dos candidatos e de eleição indireta de governador e vice-governador, como dispõe o art. 81, § 1º, da Constituição Federal, simetricamente reproduzido pelo art. 39, § 5º, da Constituição do Estado do Tocantins.

Deduz, ainda, amplo introito em que, criticando a intempestividade da apreciação do recurso contra a expedição de Diploma 698, pela Justiça Eleitoral, opõe ofensa ao direito fundamental à tutela tempestiva (art. 5º, LXXVIII, da CF) e, consequentemente, ao direito ao sufrágio por parte dos cidadãos tocantinenses. Expressa, ao depois, perplexidade à quase imediata aprovação do PL 57/2009, proposto no dia 9 de setembro do presente ano e aprovado no dia seguinte.

Requer, por fim, seja deferida a medida cautelar, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, para suspender a realização da eleição indireta e a eficácia da Lei 2.143, de 10 de setembro de 2009, bem como, *ad cautelam*, "restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência" (fl. 13). Requer, também, a suspensão liminar da eficácia das palavras "até" e "secreta", respectivamente, do art. 3º e da parte final do art. 1º da lei impugnada, bem como das expressões "cada deputado pode inscrever" e "uma chapa", inseridas no art. 2º da Lei estadual 2.143/2009. No mérito, pede a procedência do pedido.

3. No dia 26 de setembro de 2009, foi promulgada a Lei 2.154, que, além de expressamente revogar a Lei estadual 2.143, de 10 de setembro de 2009, antes questionada, estabeleceu novo regramento para a eleição indireta, com o seguinte teor:

> **Lei n. 2.154, de 25 de setembro de 2009**
>
> O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, no exercício do cargo de Governador do Estado,
>
> Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Vagos os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins nos dois últimos anos de mandato, a eleição para preenchimento dos cargos é feita pelo sufrágio dos Deputados integrantes da Assembleia Legislativa, em sessão pública, por meio de votação nominal e aberta.
>
> Art. 2º A eleição deve ocorrer em sessão extraordinária marcada para tal fim, 30 dias depois da última vaga.
>
> Art. 3º A Assembleia Legislativa por resolução regulamentará a eleição prevista nesta Lei.
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Art. 5º É revogada a Lei 2.143, de 10 de setembro de 2009.

Ato contínuo, em conformidade com o art. 3º da nova lei, foi editada, na mesma data, a Resolução 272/2009, da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, a qual regulamentou o pleito, convocado, desde logo, para o dia 8 de outubro de 2009, às 20h.

4. Às fls. 107/115, apresenta, o autor, emenda à petição inicial, diante do que qualificou como "fraude à jurisdição", questionando, agora, a nova lei. Aduz

ser, o novo ato, norma de cunho claramente eleitoral – assim como a resolução regulamentar editada – e reitera arguição de violação do princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição da República, bem como os argumentos anteriores. Requer seja aceita a emenda, diante da excepcionalidade do caso.

5. Finalmente, *ad cautelam*, propôs o autor outra ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra a nova lei, com idênticos fundamentos de fato e de direito. Distribuída por prevenção, será apreciada em conjunto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Não obstante a complexidade do caso, sua urgência e relevo impõem decisão, já pelo Plenário, sobre a tutela provisória pleiteada.

2. Considerando tal urgência e a revogação da Lei 2.143, de 10 de setembro de 2009, do Estado do Tocantins, pela Lei 2.154, de 26 de setembro de 2009, admito, desde logo, a emenda à petição inicial (fls. 107/115).

3. Sem prejuízo dos argumentos deduzidos na inicial – que serão objeto de apreciação oportuna –, estou em que a decisão da liminar depende, sobretudo, da resposta a quatro questões prévias. E, em que pese haver precedente da Corte em hipótese análoga (cf. **ADI 1.057-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 6-4-2001), penso devam, se não revistos, relembrados seus fundamentos, em especial diante da nova composição da Corte e da exigência de motivação controlável e legítima.

Proponho, nesses termos, as seguintes indagações preliminares: 1ª) aplica-se o chamado princípio da simetria aos Estados-membros em relação ao disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal? 2ª) negativa a resposta, é constitucional a previsão de eleição indireta na hipótese de dupla vacância dos cargos de governador e vice-governador, no último biênio de mandato, pelas Constituições estaduais? 3ª) consideradas a reserva legal prevista naquela norma e a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral (CF, art. 22, I), de que ente é a competência para elaboração da lei requerida? 4ª) há outros princípios constitucionais por observar no caso de eventual legitimidade de regramento estadual da eleição indireta para governador e vice-governador?

4. A primeira questão diz com a necessidade de observância, por parte dos Estados-membros, da norma prevista no art. 81, § 1º, da Constituição da República, que é deste teor:

> Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.
>
> § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

No desate de causas afins, recorre a Corte, com frequência, ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da Constituição Federal e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República.

Se a garantia de simetria no traçado normativo das linhas essenciais dos entes da Federação, mediante revelação dos *princípios sensíveis* que moldam a tripartição de poderes e o pacto federativo, deveras protege o esquema jurídico-constitucional concebido pelo poder constituinte, é preciso guardar, em sua formulação conceitual e aplicação prática, particular cuidado com os riscos de descaracterização da própria estrutura federativa que lhe é inerente.[1]

Vinculação larga ou excessivamente rígida do poder constituinte e da competência legislativa estaduais a ditames da organização federal inscritos na Constituição da República podem desvirtuar a Federação brasileira – embora seja ela, até por conhecidas razões históricas, algo diversa do paradigma norte-americano que, suposto lhe tenha servido de modelo teórico, deve adaptar-se, na sua inteligência, à realidade herdada da unitária experiência político-administrativa do Império –, reduzindo ou aniquilando a autonomia essencial dos Estados-membros.

Esse tênue limite teorético entre os postulados constitucionais da autonomia própria do regime federativo e da relatividade inerente à sua submissão a princípios e regras superiores de um pacto pressuposto como norma fundamental, à moda kelseniana, exige, como requisito indispensável da sobrevivência dessa estrutura, que cada juízo concreto de incidência da regra da simetria se apoie em razões ditadas por necessidade clara de tratamento homogêneo da matéria de que se cuide, sem o qual estaria, pelas consequências políticas, econômicas ou sociais, comprometida a ideia mesma do pacto que dá sentido à unidade nacional.

Noutras palavras, não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.

---

[1] Cf. MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1998*. São Paulo: Lúmen Júris, 2008. p. 689-710.

Ora, a questão proposta reside em saber se é de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, a norma do art. 81, § 1º, da Constituição Federal, ou, antes, se o modelo de eleição para os cargos de governador e vice-governador, em lhes ocorrendo a dupla vacância, é apenas objeto de escolha jurídico-política imanente à autonomia dos Estados.

Em precedente no qual se questionava lei baiana que regulamentava processo de eleição indireta no caso de dupla vacância nos dois últimos anos de mandato do governador e do vice-governador, o Relator, Ministro **Celso de Mello**, professou:

> O exercício da função governamental nos Estados-membros foi deferido, **no âmbito do Poder Executivo**, ao Governador de Estado.
>
> Compete-lhe, na estrutura jurídico-institucional dessa unidade da Federação, o desempenho unipessoal e eminente de relevantíssimas atribuições de caráter político-administrativo.
>
> O processo de escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato quadrienal, foi definido, em norma expressa, pela própria Constituição da República. Esta, ao instituir modelo jurídico subordinante e limitador da esfera de autonomia institucional dos Estados-membros, prescreveu – no que concerne à eletividade, **por sufrágio universal e por voto popular**, do Chefe do Poder Executivo estadual – regra de observância compulsória por essas unidades regionais do Estado federal brasileiro.
>
> Trata-se da norma inscrita no art. 28, *caput*, da Carta Política, que dispõe, *verbis*:
>
> > "Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá no dia 1º de janeiro do ano subsequente, **observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77**."
>
> (**Grifei**.)
>
> Isso significa, no contexto jurídico delineado pela Constituição, que os Estados-membros, **em matéria de eleição de seu governador e de seu vice-governador por sufrágio universal e por voto popular, direto e secreto**, estão irrecusavelmente sujeitos ao modelo federal que, **nesse tema**, projeta-se como padrão normativo vinculante da atividade dessas unidades federadas, as quais, consequentemente, dele não poderão divorciar-se sob pena de infringência da Lei Fundamental da República.
>
> É por isso, Senhor Presidente, que *José Cretella* Júnior (*Comentários à Constituição*, v. IV/1871-1872, item n. 110, 1991, Forense Universitária), ao referir-se à hipótese **única** de subordinação normativa do Estado-membro ao modelo federal pertinente às eleições de governador e de vice-governador, acentuou que a escolha desses mandatários do Poder Executivo estadual, **na medida em que lhe é aplicável a regra inscrita no art. 77 da Constituição da República** – que consagra o sufrágio universal e o voto popular e direto, em eleições sequenciais, ou em dois turnos, ou à *double ballotage* – acha-se inteiramente regida pela Carta Política de 5 de outubro de 1988.
>
> A questão primeira que se coloca nesta ação direta consiste, precisamente, em saber se a dupla vacância dos cargos executivos, decorrente da inexistência simultânea de governador e de vice-governador, impõe ao Estado-membro, ou não, o dever de sujeição compulsória ao modelo normativo inscrito no art. 81 – **especialmente em seu**

§ 1º – da Constituição Federal, pois, **em caso positivo**, sustenta-se que, envolvendo a disciplinação do tema matéria eminentemente eleitoral, incumbiria à União, **mediante lei nacional**, dispor sobre o processo de escolha, pelas Assembleias Legislativas dos novos governador e vice-governador para o desempenho de mandato residual.

Tenho para mim, Senhor Presidente, ainda que em juízo de sumária cognição, que os Estados-membros não estão sujeitos ao modelo consubstanciado no art. 81 da Constituição Federal, abrindo-se, desse modo, para essas unidades da Federação, a possibilidade de disporem normativamente, com fundamento em seu poder de autônoma deliberação, de maneira diversa.

Devo destacar, neste ponto, que *José Afonso da Silva* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 534, 9. ed./3. tir., 1993, Malheiros), ao admitir a possibilidade jurídica de o Estado-membro estabelecer autonomamente, em sua própria Constituição, a disciplina normativa da escolha do novo governador e do novo vice-governador na hipótese excepcional de dupla vacância desses cargos executivos, **salienta o caráter de não compulsoriedade do modelo federal** definido pela Carta da República em seu art. 81.

Para esse eminente publicista, a Constituição do Estado, *verbis*:

> "Há que estabelecer (...) a situação que decorrer de inexistência concomitante de Governador e de Vice-Governador. Sabe-se que, em tal caso, o Presidente da Assembleia ou, no impedimento deste, o Presidente do Tribunal de Justiça será chamado ao exercício do cargo, mas por quanto tempo? Pois, esses substitutos eventuais não se transformam em Governador. São Presidentes no exercício da governança. As Constituições estaduais sempre deram solução diversificada a essa situação, umas prevendo nova eleição direta se a última vaga ocorresse nos primeiros três anos de mandato governamental e eleição pela Assembleia de novo Governador e Vice, completando o eleito, em qualquer caso, o mandato em curso; outras estatuíam que haveria eleição popular para Governador e Vice, se a vaga se desse nos três primeiros anos e, se no último ano, o substituto completaria o período. A primeira hipótese estará mais de acordo com o atual modelo federal, **que não é obrigatório**."
>
> (**Grifei**.)

Na realidade, e tal como precedentemente acentuado, os Estados-membros acham-se vinculados, em função de expressa determinação constitucional inscrita no art. 28, *caput*, *in fine*, da Carta da República, ao modelo subordinante estabelecido pelo art. 77 da Constituição Federal, que se aplica, **no entanto**, por força dessa cláusula de extensão, apenas às eleições **ordinárias e populares** realizadas para a seleção de Governador e de Vice-Governador de Estado, inexistindo, no que concerne à hipótese de escolha **suplementar** pelo próprio Poder Legislativo, no caso excepcional da dupla vacância, qualquer regramento constitucional que, limitando a autonomia estadual, imponha a essa unidade da Federação a sua integral submissão aos padrões normativos federais.

Por essa razão, assinala *Pinto Ferreira* a propósito do tema (*Comentários à Constituição Brasileira*, v. 3/486, 1992, e v. 2/188, 1990, Saraiva), o princípio dominante na eleição **originária** do chefe do Poder Executivo estadual – que se submete ao sistema de *ballotage*, idêntico ao das eleições presidenciais – é o da escolha do Governador, observado o monopólio partidário das candidaturas, por voto popular e direto, configurando essa a **única** restrição constitucional – até mesmo por força da cláusula de extensão inscrita na parte final do art. 28, *caput*, da Carta Federal de 1988 – à capacidade de autogoverno dos Estados-membros.

(**ADI 1.057-MC**, *DJ* de 6-4-2001.)

Essa leitura prevaleceu na Corte. E, como *leading case*, foi reproduzida, nos termos devidos, em situações similares, em que Constituições estaduais disciplinavam a hipótese de dupla vacância nos Municípios – o que foi, desde logo, afastado pelo Plenário, ante a inexigibilidade de simetria e a necessidade de tutela da autonomia dos entes federativos (**ADI 3.549/GO**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 31-10-2007; **ADI 687/PA**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 10-2-2006).

Nesse sentido, aliás, manifestei-me, não faz muito, em julgamentos no Tribunal Superior Eleitoral (cf. **MS 3.649/GO e MS 3.649-AgRg/GO**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 18-12-2007). Ali apontei ainda, diante do princípio democrático do exercício do sufrágio universal pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, nos termos do art. 14, *caput*, da Constituição da República, a absoluta excepcionalidade da regra constitucional que, estatuída no art. 81, § 1º, demanda, por sua natureza singular, interpretação estritíssima.

É esse o entendimento que, neste juízo preliminar e provisório, penso deva mantido.

5. Sob tal premissa, note-se que o art. 39, § 5º, da Constituição do Estado do Tocantins, reproduziu a provisão da Constituição Federal:

> **Art. 39.** O Governador e o Vice-Governador do Estado tomarão posse em sessão da Assembleia Legislativa, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição Federal e a Estadual, observar as leis, promover o bem geral, sustentar a união, a integridade e o desenvolvimento do Estado.
>
> (...)
>
> § 5º Ocorrendo a vacância nos dois últimos anos do período governamental, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pela Assembleia Legislativa, na forma da lei.

A consequência lógico-jurídica é que o não fez por suposta necessidade de reprodução obrigatória, senão apenas por força de livre decisão jurídico-política do constituinte estadual no exercício da autonomia que lhe é assegurada pela Constituição da República. Igual conclusão tirou o voto do Ministro **Celso de Mello** no julgamento da **ADI 1.057-MC/BA**:

> Vê-se, daí, que o Estado da Bahia, embora podendo dispensar tratamento normativo diferenciado ao tema, optou por seguir, **em função de uma autônoma deliberação**, as diretrizes aplicáveis, no plano federal, à eleição congressual do presidente e do vice-presidente da República, no caso de ocorrência da dupla vacância desses altos cargos na estrutura do Poder Executivo da União.
>
> (Grifos no original.)

Não me escapa objeção marginal que deriva do voto proferido do Ministro **Sepúlveda Pertence**, quando, no mesmo julgamento, assentou:

> Senhor Presidente, tenho que a eleição indireta de Governador de Estado, na hipótese, considerada a dupla vacância do cargo do titular e de seu sucessor predeterminado, na segunda metade do quadriênio, só tem explicação se considerarmos compulsório o modelo do art. 81, § 2º.

2. É que a regra geral da investidura em mandatos eletivos, na Constituição brasileira, é, por força do art. 14, a do sufrágio universal e do voto direto e secreto.

3. **Não houvesse, na própria Constituição Federal, a previsão da eleição indireta para a hipótese da vacância da Presidência e da Vice-Presidência da República, eu não veria como agasalhar, na autonomia dos Estados, a hipótese da criação de uma eleição indireta para mandato político eletivo.**

(Grifos nossos.)

Posto afastada a regra da simetria, à míngua de razão relevante que, enraizada em exigência ligada à preservação da estrutura federativa, pudesse legitimá-la neste caso, parece-me, com o devido respeito, nada obstaria ao Estado-membro, na hipótese que tal voto suscitou, adotar, como expressão de sua autonomia, a eleição indireta na dupla vacância dos cargos de chefe do Poder Executivo estadual, à vista do princípio da soberania popular e do direito do sufrágio universal mediante voto direto e secreto, como vem do art. 14 da Constituição da República.

Tenho que a resposta à objeção prescinde da ideia de simetria, pois convalida-se no plano do postulado normativo da proporcionalidade, perante a qual seria de indagar se a previsão de eleição indireta pelo constituinte estadual, medida que deveras encurta aquele princípio do exercício da soberania popular, é adequada, necessária e, em senso estrito, proporcional ao objetivo que tende a fomentar ou promover.

Vê-se, logo, que a própria regra da eleição indireta, no âmbito federal, traz em si mesma, na *ratio iuris*, a demonstração de sua razoabilidade e proporcionalidade, enquanto constitui sensata resposta normativo-constitucional às demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia realização de eleição direta, com todos os seus pesados e intuitivos custos ao aparato administrativo e à própria sociedade. Sua adoção pelo Estado-membro significaria, na falta da norma ou modelo federal, uma sábia decisão política destinada a eludir as desproporcionais vicissitudes da aplicação da regra geral a um caso atípico.

Depois, sabe-se que, como qualquer outro, o princípio constitucional do sufrágio direto deve ser realizado na maior medida possível, mas dentro das circunstâncias históricas e jurídicas vigentes, de modo que a situação excepcionalíssima de eleição para mandato residual, chamado "mandato-tampão", de prazo exíguo, cujo termo até poderia inviabilizar o transcurso de todo o regular processo eleitoral direto, merece tratamento diferenciado, desde que razoável e proporcional. Ora, a adoção da eleição indireta, no caso de dupla vacância no último biênio do mandato, já aparece, em primeiro lugar, como adequada, pois é apta a promover o objetivo constitucional de uma eleição democrática; depois, revela-se ainda necessária, na medida em que se lhe não vislumbra alternativa igualmente célere, econômica, hábil e menos lesiva ao princípio excepcionado; e, por fim, não deixa de ser proporcional em sentido estrito, porque o grau de mutilação imposto a esse valor se afigura aceitável quando ponderado com os benefícios consequentes.

6. Examino agora, do ponto de vista da sua gênese, a natureza da lei que predica a Constituição Federal no art. 81, § 1º, bem como a de lei estadual que regulamente previsão idêntica da Constituição do Estado. E faço-o para expungir eventuais dúvidas sobre a questão da competência legislativa.

É indiscutível a competência (*ratione materiae*) privativa da União para legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da Constituição da República). Quando o constituinte estadual tenha reproduzido a regra de eleição indireta pelos representantes do Poder Legislativo, na forma da lei, dar por caráter jurídico-eleitoral da regra reprodutora significaria admitir, por boa consequência, que a lei exigida seria da competência exclusiva da União. Não caberia ao Estado-membro a regulamentação constitucionalmente prevista.

O tema já foi também analisado no citado precedente da Corte, relatado pelo Ministro **Celso de Mello**, de cujo voto condutor consta:

> Nem por isso, contudo, autolimitou-se o Estado da Bahia a ponto de submeter-se, **em matéria que diz respeito à sua exclusiva esfera de autonomia política**, ao regramento normativo constante de uma lei nacional que, até o presente momento, sequer foi editada pelo Poder Legislativo da União para disciplinar, **no âmbito estrito do Congresso Nacional**, a eleição extraordinária, **mediante voto parlamentar**, dos sucessores do presidente e do vice-presidente da República que, por qualquer motivo, hajam dado causa à hipótese da anômala situação de dupla vacância desses cargos executivos nos últimos dois anos do período presidencial.
>
> É irrecusável, de um lado, que a disciplina normativa pertinente a questões de direito eleitoral insere-se na competência legislativa da União Federal. Essa competência normativa, definida *ratione materiae*, decorre da regra inscrita no art. 22, inciso I, da Constituição da República, que atribui ao poder central competência para legislar **privativamente** sobre direito eleitoral.
>
> Ocorre que, **salvo melhor juízo**, a escolha do governador e do vice-governador de Estado, para efeito de exercício residual do mandato político, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos, subsume-se à noção de matéria político-administrativa que se acha essencialmente sujeita, no que concerne à sua positivação formal, ao domínio institucional reservado à atuação normativa do Estado-membro.
>
> A escolha do governador e do vice-governador de Estado, quando ocorrida a dupla vacância na segunda metade do período governamental, traduz uma iniludível prerrogativa da Assembleia Legislativa outorgada pela Carta estadual com fundamento na capacidade de autogoverno de que dispõe, com apoio na autonomia política que lhe é conatural, essa unidade regional da federação.
>
> **Essa prerrogativa jurídico-institucional da Assembleia Legislativa**, refletindo projeção da autonomia assegurada aos Estados-membros pelo ordenamento constitucional brasileiro, **não se reduz**, em seu alcance e conteúdo, **à dimensão conceitual de matéria eleitoral**, circunstância esta que, por revestir-se de relevo jurídico, **pré-exclui**, a meu juízo, **qualquer** possibilidade de intervenção normativa da União Federal na definição da disciplina ritual desse processo de escolha eminentemente política dos sucessores, por um período administrativo meramente residual, do governador e do vice-governador de Estado.
>
> Na realidade, a escolha parlamentar dos novos mandatários do Poder Executivo estadual acha-se desvestida de caráter eleitoral, porque, constituindo ato

essencialmente político, contém, veicula e exterioriza uma típica decisão de poder, cuja prática, superando o campo do mero processo eleitoral, projeta-se na dimensão mais ampla do exercício, pelo Estado-membro, da irrecusável autonomia política de que dispõe em matéria de **organização** dos poderes locais.
(**ADI 1.057-MC** – Grifos no original.)

No mesmo sentido votou o Ministro **Carlos Velloso**, que trouxe ao debate um significativo componente histórico:

A questão a saber, primeiro que tudo, é se a lei referida é federal ou estadual.
Depois de ouvir o notável voto do Sr. Ministro Celso de Mello, e o não menos brilhante voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, **estou à vontade para afirmar que a lei, no caso, é estadual. É que, em tal caso, não se tem uma lei materialmente eleitoral, vale dizer, uma lei de natureza eleitoral, dado que ela vai, simplesmente, regular a sucessão do chefe do Executivo**, sucessão que chamaríamos extravagante. **A lei, no caso, o Estado a edita com base na sua autonomia, que é a maior das características da Federação.** Classicamente, são traços característicos de uma Federação, a repartição constitucional de competências entre as entidades políticas que compõem a Federação e a participação da vontade parcial na vontade federal.
(...)
Acabo de receber, por gentileza do eminente Ministro *Paulo Brossard*, o texto da Lei 1.395, de 13 de julho de 1951, que dispunha, sob a Constituição de 1946, sobre a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, pelo Congresso Nacional. É que a Constituição de 1946 continha disposição igual à do art. 79, § 2º, da Constituição vigente. Editou-se, então, a Lei 1.395/1951 que, repito, dispunha sobre a eleição do presidente e do vice-presidente da República pelo Congresso Nacional, dispondo, apenas, vale acentuar, em relação à eleição do presidente da República e do vice-presidente da República. **O procedimento do Congresso está a nos indicar um roteiro, a indicar que, observada a simetria federal e a autonomia estadual, a lei que disciplina a eleição, nos Estados-membros, será lei estadual**.
(Grifos no original.)

De igual teor o voto do Ministro **Paulo Brossard**, que pontuou:

Desde que ouvi o voto do Sr. Ministro Celso de Mello, na sessão anterior, fiquei de acordo com a sua primeira parte. **Trata-se de um ato eleitoral, mas não se trata de direito eleitoral**; trata-se de eleição, mas não se trata de matéria eleitoral, no sentido em que é versada pela Constituição Federal e pela lei ordinária, o Código Eleitoral.
(Grifos nossos.)

Em data recente, tal postura foi reafirmada, à unanimidade, no julgamento da **ADI 2.709** (*DJ* de 16-5-2008), cujo Relator, o Ministro **Gilmar Mendes** relembrou: "Esta Corte já firmou entendimento pela constitucionalidade de norma constitucional estadual que disciplina o processo de escolha de Governantes em caso de dupla vacância". No mesmo sentido, insistiu a Ministra **Carmén Lúcia**: "estou inteiramente de acordo com o fato de não se tratar de matéria eleitoral para os fins de competência da União".

7. É o que convém ao caso.

Conquanto não deixem de revelar certa conotação eleitoral, porque dispõem sobre o procedimento de aquisição eletiva do poder político, não há como reconhecer ou atribuir características de direito eleitoral *stricto sensu* às normas que regem a eleição indireta no caso de dupla vacância no último biênio do mandato.

É que, em última instância, têm por objeto matéria político-administrativa que postula típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados.

A reserva de lei constante do art. 81, § 1º, da Constituição Federal, que é nítida e especialíssima exceção ao cânone do exercício direto do sufrágio, diz respeito tão só ao regime de dupla vacância dos cargos de presidente e do vice-presidente da República, e, como tal, é da óbvia competência da União. E, considerados o desenho federativo e a inaplicabilidade do princípio da simetria ao caso, compete aos Estados-membros definir e regulamentar as normas de substituição de governador e vice-governador. De modo que, quando, como na espécie, tenha o constituinte estadual reproduzido o preceito constitucional federal, a reserva de lei não pode deixar de se referir à competência do próprio ente federado.

E, predefinido seu caráter não eleitoral, não há excogitar ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral estabelecido pelo art. 16 da Constituição da República.

8. Mas todas essas conclusões não esgotam o campo das limitações constitucionais por observar na hipótese. É que a Constituição da República hospeda normas textuais que, relativas aos direitos políticos ativos e passivos, são de incidência imediata e inexorável, como é o caso das condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, prescritas no art. 14. É o que já decidiu a Corte no mesmo precedente:

> A circunstância de a lei estadual não haver feito menção expressa às demais condições de elegibilidade, tais como a posse da cidadania (exercício pleno dos direitos políticos), o alistamento como eleitor, a existência de domicílio eleitoral e a filiação partidária dos candidatos, **não significa** que o ato legislativo tenha exonerado esses mesmos candidatos dos requisitos em causa que incidem, **necessariamente**, em função de expresso comando constitucional, sobre aqueles que disputam **qualquer** mandato eletivo, não importando, **sob esse aspecto**, a forma de provimento dos cargos em disputa.
> (**ADI 1.057-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello** – Grifos no original.)

Está no voto concorrente do Ministro **Sepúlveda Pertence**:

> Em sucessivas vezes, em matéria de eleição indireta, tem-se levantado a tese até com apoio de autoridades não desprezíveis, de que não se aplicariam às eleições indiretas as regras constitucionais que estabelecem condições de elegibilidade ou definem causas de inelegibilidade, assim como a lei complementar que lhes acrescenta outras hipóteses.
>
> 16. Deixo clara a minha convicção a respeito, que é velha. Como Procurador-Geral da República, manifestei-me em sentido contrário a essa tese – isto é, **manifestei-me no sentido de que eleições indiretas, previsíveis, ou não,**

> **acarretam a incidência, sem nenhuma exceção, das regras relativas às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade**. Refiro-me aos pareceres que exarei em duas consultas feitas ao Tribunal Superior Eleitoral. Em ambos os casos, tive a honra de ver o parecer acolhido por aquela Corte: a Consulta 7.604, de que foi Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho, e a Consulta 7.594, Relator o eminente Ministro William Patterson (Pareceres do Procurador-Geral da República, 1985-87, p. 206 e 213).
> (Grifos nossos.)

Cuida-se de normas, estas, sim, eleitorais *stricto sensu*, de observância compulsória. Daí ser afirmativa a resposta à quarta questão.

9. A Lei 2.154, de 26 de setembro de 2009, do Estado do Tocantins, que, ora em vigor, "dispõe sobre a eleição, pela Assembleia Legislativa, para Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins, na forma prevista no § 5º do art. 39 da Constituição Estadual", não me parece apresentar, neste juízo provisório, nenhum vício de inconstitucionalidade.

Não o apresenta do ponto de vista de iniciativa, pois não há, a respeito, reserva constitucional nem legal conferida ao Poder Legislativo.

Tampouco consta alegação ou prova dalguma irregularidade formal no curso do devido processo legislativo, aparecendo irrelevantes, no quadro da ação de inconstitucionalidade, as outras considerações factuais e puramente político-partidárias, desenvolvidas na petição inicial.

10. Como sua pertinência era adstrita aos termos da lei revogada, a qual atribuía aos deputados o poder de inscrição de chapas de candidatos, coisa que já não prevê a lei atual, mas o estipula a resolução regulamentar, está prejudicado o argumento de indispensabilidade da participação partidária na eleição, calcado nas recentes decisões da Corte que, proclamando a supremacia da fidelidade, assentou pertencerem os mandatos aos partidos, não aos representantes eleitos.

E, se o não estivesse, à míngua de previsão específica, incidiria, na lacuna, o indisputável princípio constitucional que, haurido à conjugação do disposto nos arts. 14, § 3º, inciso V; e 17 da Constituição da República, consagra a *intermediação necessária* dos partidos políticos no processo da escolha popular, como sistema, tantas vezes reafirmado, que repele candidaturas avulsas ou autônomas.[2]

11. A impugnação original arguia de inconstitucional a inserção das palavras "até", no art. 3º, e "secreta", no art. 1º da Lei 2.143, de 10 de setembro de 2009. Mas a lei superveniente, que revogou a anterior, não as manteve no texto, estando, pois, prejudicada também essa increpação. Confira-se o art. 1º da lei revogada:

> Art. 1º Vagos os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins, nos dois últimos anos de mandato, a eleição para preenchimento dos cargos é feita pelo sufrágio dos Deputados integrantes da Assembleia Legislativa em sessão pública e **por meio de votação nominal e secreta.**

---

[2] Cf. por todos, desta Corte, o **MS 26.603/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 4-10-2007. *DJ* de 19-12-2008.

E, o da lei nova:

> Art. 1º Vagos os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins nos dois últimos anos de mandato, a eleição para preenchimento dos cargos é feita pelo sufrágio dos Deputados integrantes da Assembleia Legislativa, em sessão pública, **por meio de votação nominal e aberta**.
> (Grifos nossos.)

12. Resta ver se a votação, na eleição indireta, deva ser aberta ou fechada.

A lei vigente adotou-a aberta, tal como, aliás, propugnava o autor.

No precedente já tantas vezes invocado, o Tribunal declarou, por maioria, a constitucionalidade do preceito de votação aberta. Eis os fundamentos do voto do Relator, Ministro **Celso de Mello**:

> Cumpre analisar, agora, uma outra objeção deduzida pelos autores, para quem a lei ora impugnada, ao expressamente determinar que o preenchimento dos cargos executivos vagos far-se-á "pelo sufrágio dos deputados integrantes da Assembleia Legislativa, em sessão pública e através de votação nominal e aberta" (art. 1º), vulnerou "o princípio geral do voto secreto" contemplado no art. 14 da Constituição Federal e que, pela fundamentalidade de que se reveste, "não pode ser abolido por qualquer outra instância legislativa, ainda que o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado" (fl. 8).
>
> Tenho para mim, Senhor Presidente, que a norma de parâmetro invocada pelos autores – art. 14, *caput*, da Constituição Federal – não pode atuar como fator de contraste jurídico da lei ora questionada nesta sede processual, eis que esse preceito de nossa Lei Fundamental proclamou o sigilo do voto como instrumento de proteção do **cidadão comum** enquanto partícipe de processos eleitorais regidos pelo princípio do sufrágio universal.
>
> O voto secreto – que constitui o instrumento de atuação concreta do direito público subjetivo de sufrágio assegurado à universalidade dos cidadãos – reflete, na dualidade funcional que o caracteriza, tanto o momento expressivo de afirmação da soberania popular quanto o meio destinado a proteger o eleitor comum no exercício da sua liberdade política.
>
> (...)
>
> Constata-se, pois, que é o **eleitor comum** no exercício da sua cidadania, enquanto detentor da capacidade eleitoral ativa que o qualifica a participar do processo de escolha direta dos seus próprios governantes, o destinatário da cláusula tutelar inscrita no art. 14, *caput*, da Constituição Federal, pois, no âmbito das Casas legislativas, é diversa, no ponto, a disciplina constitucional de regência do processo de exercício do poder político.
>
> É de registrar que as votações parlamentares submetem-se, **ordinariamente**, ao processo de votação ostensiva, sendo de exegese estrita as normas, **de índole necessariamente constitucional**, que fazem prevalecer, em hipóteses taxativas, os casos de deliberação sigilosa.
>
> (...)
>
> O constituinte federal, após fixar, no art. 81, § 1º, da Carta Política, as **diretrizes** que julgou essenciais ao delineamento do processo de escolha parlamentar dos mandatários executivos, submeteu ao **juízo discricionário** do legislador infraconstitucional um espaço de livre atuação decisória, permitindo-lhe, em consequência, a

opção, de cunho eminentemente político, entre a forma de votação secreta e a forma de deliberação ostensiva.

Não tendo a Constituição Federal fixado, desse modo, para a escolha parlamentar dos mandatários do Poder Executivo, na hipótese de dupla vacância ocorrida nos últimos dois anos do período governamental, a forma secreta de votação, parece tornar-se evidente que, **nessa situação**, deve prevalecer a regra geral peculiar às decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo, vale dizer, **deve prevalecer o princípio do voto nominal e aberto**.

Cumpre acentuar, neste ponto, que o caráter aberto da escolha parlamentar desses mandatários executivos estaduais impõe-se como um meio necessário de controle social da opinião pública sobre as deliberações emanadas dos representantes do Povo.

(...)

Bem por isso, *Pontes de Miranda* (*Comentários à Constituição de 1946*, tomo II/403, 3. ed., 1960, Borsoi), ao versar o tema da **exclusão do sigilo** no processo de deliberação parlamentar, assinalava que o voto secreto – **que jamais se presume –** reveste-se, **no contexto de atuação das corporações legislativas**, da nota de excepcionalidade, *verbis*:

> A votação pública constitui a regra geral, o processo costumeiro, nos parlamentos livres; não é possível negar, ou, sequer, atenuar, o imperativo categórico dessa verdade, proclamada, unanimemente, por comentadores, estadistas e sociólogos, tanto nacionais como estrangeiros (...). No regime pluripartidário, em Constituição que mandou atender-se à representação dos partidos nas comissões e adotou outras medidas de responsabilização, é difícil explicar-se esse receio de votação aberta. **O eleitor é que deve votar secretamente; não, o eleito. O voto secreto é excepcional**.
>
> (**Grifei**.)

É importante assinalar, neste ponto, que a técnica das Constituições republicanas brasileiras sempre consagrou, como indeclinável postulado geral, o princípio da publicidade das deliberações parlamentares e a regra do caráter aberto ou ostensivo do próprio ato de votação, apenas ressalvando a possibilidade do sigilo para determinadas situações – **entre as quais não se encontra a de que ora se trata** –, discriminadas no texto constitucional em hipóteses irredutíveis e imunes à ação derrogatória do legislador comum (*v.g.*, **CF**, art. 52, III; art. 55, § 2º; art. 66, § 4º).

(...)

A lei editada pelo Estado da Bahia – e que vem de ser impugnada na presente ação direta – ajusta-se, a meu juízo, às diretrizes constitucionais que regem, no âmbito das corporações legislativas, o processo de deliberação parlamentar.

(...)

A escolha suplementar dos mandatários executivos, por deliberação do órgão legislativo competente, na hipótese de dupla vacância dos cargos registrada no último biênio do período governamental, não se insere na esfera de reserva constitucional dos atos e das decisões parlamentares de caráter sigiloso. Pelo contrário, atua plenamente nesse domínio, **revestido de inegável e preponderante valor ético-jurídico**, o postulado fundamental da publicidade das deliberações legislativas.

É essencial, Senhor Presidente, para o Povo que se acha representado nas instituições parlamentares, que ele possa saber, **com exatidão e segurança**, o conteúdo dos votos proferidos, nos colégios legislativos, por seus próprios representantes, a fim de que, com o mecanismo essencialmente democrático das deliberações

abertas e nominais, se dissipem situações equívocas e não se propiciem comportamentos parlamentares ambíguos.

Foi por essa razão, Senhor Presidente, que, ao proferir o meu voto no julgamento do **MS 21.564/DF**, tive o ensejo de acentuar que a publicidade das deliberações parlamentares traduz dogma do regime constitucional democrático e atua, nesse contexto, como requisito indeclinável de sua própria caracterização e sobrevivência, na medida em que constitui um dos meios mais significativos de controle do poder estatal pelo conjunto da sociedade civil.

Norberto Bobbio (v. *O futuro da democracia*, p. 86, 1986, Paz e Terra), ao definir o governo democrático como "**o modelo ideal do governo público em público**", salienta a tipicidade político-jurídica do Estado constitucional e democrático, assinalando que, nele, "o caráter público é a regra e o segredo, a exceção, e, mesmo assim, é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos (...)".
(**ADI 1.057-MC** – Grifos no original.)

Discrepou o Ministro **Marco Aurélio**:

O que é melhor: votação aberta ou fechada? O que temos em questão neste caso? Matéria *interna corporis*, ou matéria que extravasa a administração dos próprios Colegiados estaduais, das próprias Assembleias? Começo pelo segundo tema. Não temos em jogo a eleição para cargos que se situem no âmbito das próprias Assembleias Legislativas. O que está em discussão, na espécie, é a escolha de governador e vice-governador.

Se houvesse a atuação dos próprios eleitores, teríamos, como obrigatório, o sufrágio secreto. A eleição, portanto, far-se-ia acobertada de aspectos nefastos à manifestação independente quanto à escolha de governador e vice-governador. Iniludivelmente, o § 1º do art. 81 cuida de uma delegação, de uma transferência. Ao invés do sufrágio popular, temos o exercício da escolha, pelas Assembleias, dos governadores e dos vice-governadores, isto na hipótese contemplada no preceito, ou seja, a necessidade de preenchimento dos cargos.

Indaga-se: se aqueles que normalmente exerceriam o direito à escolha estão vinculados à votação secreta, por que os delegados, os representantes do povo atuarão de forma aberta?

O art. 52, III, da Constituição Federal revela a competência do Senado Federal para a escolha de magistrado, Ministros do Tribunal de Contas da União, presidente e diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos. Aí a própria Carta cola a necessidade de a votação ocorrer de maneira secreta e não de modo aberto. O inciso IV do mesmo art. 52 cogita da escolha "dos chefes de missão diplomática" e, considerada a matéria tratada nestes autos, a alínea *c* do inciso III do art. 52 revela que a aprovação do nome de "Governador de Território" faz-se mediante o sufrágio secreto.

Indaga-se: impõe a Carta ao Senado essa espécie de votação e, no tocante às Assembleias, abre-se oportunidade para, de Estado para Estado, haver variação quanto à forma de escolha? Alguns poderão adotar a eleição fechada, secreta, e outros a eleição aberta? A opção, para mim, político-constitucional – e aqui não considero a opção política legal do Estado da Bahia – direciona no sentido da exigibilidade do voto secreto, ainda que a eleição ocorra de forma indireta.

Na mesma linha, votou o Ministro **Sepúlveda Pertence**:

(...) entendo que o voto secreto nas eleições, no direito eleitoral *latu sensu*, é que é o princípio geral. E aqui se trata, também, de exercício de soberania popular, embora mediante representação, tal como admite – e é a norma geral do regime – o art. 1º, § 1º, da mesma Lei Fundamental.

(...)

12. Os argumentos do eminente Ministro Marco Aurélio, neste ponto, são impressionantes. Dir-se-á que a Constituição enumerou todas as hipóteses do voto secreto? Seriam elas, nas deliberações parlamentares, por exemplo, apenas as relativas a interesses dos próprios parlamentares ou aqueles casos específicos de aprovação de nomes de magistrados. De chefes de missões diplomáticas, indicados pelo Poder Executivo? Estaríamos então rompendo e declarando contrária a Constituição toda uma tradição secular de eleição das mesas das Casas Legislativas e, afinal, de quantas eleições indiretas se fizeram ou se previram na evolução constitucional brasileira, salvo nos regimes de manifesta exceção? Sempre que se previu eleição indireta na Constituição, estabeleceu-se o escrutínio secreto. E parece-me que se trata de princípio tão cardeal que não posso interpretá-lo como significando que só se previu o voto secreto, porque ele é que seria o excepcional.

(Grifos no original.)

E, igualmente, mas com amparo histórico, a manifestação do Ministro **Paulo Brossard**:

(...) procurei lembrar o que tinha acontecido no Brasil, se é que tinha acontecido alguma coisa a respeito. A Constituição de 1988 não é inovadora; em verdade, ela repete norma já tradicional do nosso Direito. A Constituição de 1988 é praticamente igual, se não for igual, a de 1946; e a de 1946 é semelhante a de 1934, embora haja diferenças.

A Constituição de 1934, no art. 52, § 3º, tratando da eleição do Presidente da República, dizia o seguinte:

"Art. 52. (...)

(...)

§ 3º Se a vaga ocorrer [na Constituição de 1934 não havia a figura do Vice-Presidente] nos dois últimos anos do período, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, trinta dias após, em sessão conjunta, com a presença da maioria dos seus membros, elegerão o Presidente substituto, mediante escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos."

A mesma Constituição, quando trata da eleição do primeiro Presidente, que no dia seguinte ao da promulgação da Constituição seria eleito Presidente da República pela Assembleia Constituinte, diz no art. 1º das Disposições Transitórias:

"Art. 1º Promulgada esta Constituição, a Assembleia Nacional Constituinte elegerá, no dia imediato, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional.

(...)

§ 1º Essa eleição far-se-á por escrutínio secreto e será em primeira votação, por votação, por maioria absoluta de votos, e, se nenhum dos votados a obtiver, por maioria relativa, no segundo turno."

Agora, quando trata dos Governadores, que seriam eleitos depois de promulgada a Constituição de 1934, vejamos o que diz esta Constituição no art. 3º dessas mesmas Disposições Transitórias:

"Art. 3º Noventa dias depois de promulgada esta Constituição, realizar-se-ão as eleições dos Membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias Constituintes dos Estados. Uma vez inaugurados, estes últimos passarão a eleger os Governadores e os representantes dos Estados, no Senado Federal, [porque, como sabe V. Exa., não havia senadores na Constituinte de 1934, nem mesmo era previsto o Senado, mas, restabelecido o Senado, os senadores foram eleitos pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em 1935] a empossar aqueles e a elaborar, no prazo máximo de quatro meses, as respectivas Constituições, transformando-se, a seguir, em Assembleias ordinárias, (...)."

Nenhuma palavra sobre como seriam eleitos os Governadores na eleição parlamentar a processar-se. No entanto, Senhor Presidente, salvo erro meu, os Governadores foram eleitos pelo voto secreto, quer dizer, entendeu-se que o voto secreto era um consectário, era uma decorrência necessária do regime. Sem norma expressa foram eleitos, pelo voto secreto, os Governadores que estiveram no poder de 1935 a 1937, quando do golpe do Estado-Novo.

A Constituição de 1946 e, sob o seu império, (o art. 79, § 2º, é rigorosamente igual ao art. 81 da Constituição de 1988), estabeleceu que:

"Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

(...)

§ 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período dos seus antecessores."

Como o Congresso Nacional e o Presidente da República interpretaram nesta cláusula, ao ser feita a Lei 1.395? O Congresso Nacional entendeu que a votação haveria de ser secreta. A lei, sancionada pelo Presidente da República, espelhou a mesma compreensão, dois Poderes da República assim interpretaram a cláusula que hoje é repetida pela Constituição de 1988.

Esta é a nossa tradição, desde que instituído o voto secreto, salvo em 1964, quando a eleição do Presidente da República foi feita com infração das normas, constitucionais, desde o requisito da elegibilidade, pois o chefe do Estado Maior das Forças Armadas era inelegível, e foi eleito, até o voto, que foi aberto. Não falo nessa fase, Senhor Presidente, porque é uma fase patológica. De modo que a nossa tradição, desde que adotado o voto secreto, é que as eleições congressuais e assembleares são secretas, mesmo na ausência de cláusula expressa da Constituição.

(Grifos no original.)

Manifestei-me quanto ao assunto, embora em caso diverso e com outras implicações, no julgamento do **MS 26.900-MC** (Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 12-9-2007), nestes termos:

Quando a Constituição quis, expressamente, que a sessão fosse secreta, disse-o; quando não, deixou à competência regimental de ambas as Casas decidir se deveria sê-lo, ou não. Noutras palavras, **a exceção da sessão secreta é opção do constituinte, e, quando não a elegeu expressamente, o que se pode tirar daí, a meu juízo, é que,** outorgando a competência ao Regimento da Câmara, ao Regimento do Senado e ao do Congresso para regulamentar as matérias, **permitiu-lhes, facultativamente, optarem, segundo as conveniências de ambos os Regimentos, pela sessão aberta ou secreta.**

(Grifos nossos.)

Creio que a questão não se resolve de todo no plano dos aspectos práticos da opção legislativa aqui adotada, qual seja, o voto aberto, pois há, sob tal perspectiva, bons argumentos em favor de ambas as soluções teóricas.

Se, por exemplo, a votação secreta subtrai ao eleitor, na condição de representado, a possibilidade de controlar as escolhas dos representantes, facilita-o a votação aberta, sobretudo quando haja suspeita ou risco de acordos obscuros de bastidores.

O princípio da publicidade, que é a regra das deliberações parlamentares na *re-pública*, também concorre para a ideia de superioridade da votação aberta, sobretudo quando associada ao fato de que o cunho secreto do voto é expediente primacial de tutela do cidadão como eleitor, não de seu representante, cujo dever básico está em dar-lhe conta pública das suas posições no exercício da atividade parlamentar. Mas cumpre não subestimar que o voto secreto compõe também o legado de nosso histórico constitucional, como mostrou o Ministro **Paulo Brossard** e se vê, ainda agora, ao art. 52, incisos III e IV, da Constituição da República.

Estou convencido, porém, de que, por guardar a coerência imprescindível à segurança jurídica e à autoridade mesma das decisões da Corte, a solução curial é consequência retilínea do juízo de inaplicabilidade da regra da simetria e da reafirmação da autonomia política dos Estados-membros na matéria. A definição da modalidade da votação toca ao legislador ordinário estadual, como o firmou a Corte no caso da **ADI 1.057-MC**, em que o legislador baiano também optara pela votação aberta, como o fez aqui o Estado do Tocantins.

Não encontro, pois, razoabilidade jurídica à pretensão.

13. Ante o exposto, **indefiro a medida liminar** pleiteada na **ADI 4.298**, nos termos da emenda à inicial, e, caracterizada a litispendência quanto ao processo da **ADI 4.309**, extingo-o sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, considerando a urgência manifesta do caso, a revogação da Lei 2.143 pela Lei 2.154, e, diante do fato de que, antes da manifestação de qualquer dos interessados jurídicos na causa, o autor apresentou emenda à petição inicial, passando agora a atacar a nova Lei, submeto à consideração da Corte a minha proposta de, neste caso excepcional, considerar emendada a petição inicial e apreciar como tal a ação perante a nova Lei.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu começo por – não podendo deixar de fazê-lo – elogiar o voto do eminente Ministro Relator: realmente primoroso.

Eu queria só enfatizar – uma vez que vou seguir Sua Excelência – um dado, a primeira das quatro questões postas que conduziram o raciocínio à conclusão de Vossa Excelência. É com referência ao princípio da simetria, que Vossa Excelência pôs inicialmente, dizendo que era hora de este Supremo Tribunal, pelo menos, refletir mais uma vez; portanto, para que haja a possibilidade de isso acontecer, Vossa Excelência propõe que não se passe por aí, uma vez que o art. 39, § 5º, da Constituição de Tocantins já o prevê no exercício de sua autonomia, na esteira da jurisprudência deste Supremo.

Eu queria apenas trazer uma achega, Ministro, porque esse tem sido um tema que me toca profundamente, quanto a um federalismo brasileiro muito mal acabado, mal realizado até aqui.

Na Constituinte mineira de 1989 – Minas foi a primeira a ter, no dia 29 de setembro de 1989, sua Constituição –, estabeleceu-se exatamente o que seria este princípio da simetria e em que as normas de reprodução tocariam – até para controle de constitucionalidade. Isso porque, às vezes, se entra contra uma norma de lá e, depois, chega aqui via recurso extraordinário. Naquele momento, discutiu-se – não foi exatamente uma regra como essa, uma regra de procedimento para eleição ou escolha, no caso, de dupla vacância de cargos do Executivo – na Constituinte mineira se seria imprescindível a aplicação do princípio da simetria, em que extensão e em qual conteúdo, para a adoção, em Minas Gerais, do parlamentarismo – sendo que a forma de presidencialismo é a adotada.

Houve dois pareceres de dois – na minha geração – monstros sagrados. Primeiro, o do Professor Raul Machado Horta, presidente de uma comissão formada, de um lado, que dizia que o princípio da simetria precisa ser repensado no Brasil – acho que está até no Direito Constitucional dele – e que impunha o mesmo modelo do presidencialismo – que não tem este nome, claro, nos Estados porque toca o art. 2º: o princípio da separação de Poderes. Este, sim, é de cumprimento obrigatório e, portanto, o modelo tem de ser o mesmo. Desde que existisse um Legislativo autônomo e um Executivo autônomo, como eles se organizam não estaria no princípio da simetria.

O segundo, do Ministro Afonso Arinos de Melo Franco – aliás, além de constitucionalista, tinha sido o Relator da Constituinte –, que opinou em sentido contrário, dizendo: era possível o parlamentarismo, porque, desde que existissem os dois Poderes, a forma de contato e de relação entre eles não estabelecia o princípio da simetria e, por isso mesmo, não estava neste princípio e não impedia definitivamente. Acabou prevalecendo o parecer do Professor Raul Machado Horta. Mas eu sempre achei que a federação brasileira não cumpriu ainda integralmente, nem pelos estados, o campo de possibilidade de atuação autônoma – como se tem neste caso posto por Vossa Excelência como sendo necessário de ser repensado.

E por isso que, quando Vossa Excelência colocou a primeira questão, eu me preocupei, porque aí não dava para seguir – pelo menos, neste momento. Mas, como enfatizou Vossa Excelência, realmente aqui é inteiramente desnecessário caminharmos por aí, uma vez haver uma norma que, no espaço de competências autônomas, o constituinte estadual resolveu aplicar; portanto, não há nenhuma dificuldade.

Também acho que se trata de matéria eleitoral, mas não de Direito eleitoral; portanto, não está no exercício da competência, não há invasão de competência – o caso do art. 22 da Constituição –, e os Estados têm e devem cuidar da matéria.

No caso específico aqui, quem leu o Comentário Contextual à Constituição, do Professor José Afonso da Silva, vai verificar – quando ele comenta exatamente o art. 81, § 1º, da Constituição – que parece que ele previa que poderia acontecer isso. Ele diz textualmente que cabe ao Estado, e que, se acontecesse de o Estado ainda não ter legislado sobre essa matéria e se houvesse a dupla vacância, qualquer resolução – é a expressão literal dele – poderia suprir, porque o conteúdo do art. 81, § 1º, é suficiente para fazer com que se possa cumprir integralmente a norma sem que precise haver uma lei em sentido formal. O que não se poderia era deixar alguém que não foi legitimado, nem nos termos da Constituição Federal, nem na Constituição estadual a exercer um mandato – que, portanto, ele não detém –, e que isto seria uma forma de abrir as portas para a corrupção e para a permanência de pessoas não habilitadas para o desempenho do cargo. Em outras palavras, é rigorosamente o que Vossa Excelência conclui.

Finalmente, quanto à sessão aberta e ao voto, no caso, aberto, eu acho que está na esteira exatamente do que este Supremo vem dizendo. A exceção é que precisa de ser justificada e compatibilizada com os princípios da Constituição, e não o que foi posto nas normas fixadas pela Assembleia tocantinense.

Razão pela qual, como eu disse, mais uma vez cumprimentando Vossa Excelência pelo brilhantíssimo voto, eu acompanho, às inteiras, a conclusão, rigorosamente no sentido de indeferir a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu inicio cumprimentando o Ministro Cezar Peluso pela profundidade e o brilho de seu voto.

Quero dizer também, logo de início, todavia, que não quero comprometer-me desde logo com a tese de que o art. 81, § 1º, não seja de observância obrigatória por parte dos Estados. Isso é uma questão que deverá ser examinada quando julgarmos o mérito desta ação direta de inconstitucionalidade, e eu tenho algumas considerações a fazer com relação a este aspecto. Mas eu acompanho inteiramente Sua Excelência, indeferindo a liminar.

Primeiramente, eu observo, na esteira do que foi assentado pelo eminente Procurador-Geral da República, que o *periculum in mora*, no caso, é inverso, porque o Tribunal Superior Eleitoral julgou o Recurso contra a Expedição de Diploma de n. 698, onde se pedia a impugnação da diplomação do governador e do vice-governador de Tocantins. Esse recurso foi julgado procedente e o TSE determinou a imediata feitura de eleições indiretas. Portanto, é uma decisão que deve ser cumprida no rigor de seus termos e de forma imediata, como sói acontecer com as decisões eleitorais. Então, me parece que aí o perigo na demora, como assentou o chefe do *Parquet*, apresenta-se de forma invertida.

De outra parte, quanto ao *fumus boni iuris*, eu entendo que, com a edição da Lei 2.154, o Estado de Tocantins atendeu formalmente o que se encontra disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal, e também no art. 39, § 5º, de sua Constituição. Não excedeu o âmbito de sua competência, não legislou, como já foi dito aqui, em matéria eleitoral; portanto, não se encontra vulnerado nem o art. 22, inciso I, da Carta Magna, e também não se encontra ferido o princípio da anualidade, que está abrigado no art. 16 da Carta Magna.

E, também, na esteira do que disse o eminente Relator, a lei local não tem o condão de revogar a legislação eleitoral federal, que diz respeito à escolha dos candidatos pelos partidos políticos, que trata das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade.

Portanto, Senhor Presidente, não estando presentes as condições para o deferimento da liminar, acompanho integralmente o voto do Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, o voto do Ministro Relator é suficientemente claro; também os esclarecimentos posteriores.

Eu acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a exemplo do eminente Relator, também considero que a lei impugnada não cuida de processo eleitoral, portanto a ela não se aplica o princípio da anualidade.

Porém, tenho dificuldade com o art. 1º dessa lei. Entendo que esse artigo – no ponto em que estipula a votação nominal e aberta para a eleição do governador e do vice – viola, sim, o princípio constitucional que estipula o caráter secreto do voto, seja em eleições pelo sufrágio universal direto, seja pelo sufrágio indireto.

Nesta eleição, a meu sentir, o parlamentar faz as vezes do eleitor. Ele age por substituição, em função do momento em que ocorre a vacância e, por agir fazendo as vezes do eleitor, a ele se aplica o caráter secreto do voto.

Eu declaro igualmente inconstitucional o art. 3º desta lei, que delega a uma resolução da Assembleia a disciplina desta eleição excepcional; ou seja, uma resolução da Assembleia cujo processo deliberativo se esgota no âmbito da Assembleia, sem a participação do governador, com a sanção. Essa matéria, em razão da sua magnitude, não pertence à esfera de deliberação exclusiva de uma assembleia, por meio de resolução.

No mais, concordo com o voto do eminente Relator.

Essas minhas objeções não teriam qualquer consequência na eleição marcada para amanhã, porque essa questão já está regulada, disciplinada na Constituição do Estado, que segue, aliás, o padrão federal. Então, não haveria qualquer incidência sobre a eleição.

Peço vênia para divergir quanto a esses dois pontos.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também endosso os elogios merecidamente feitos ao voto do eminente Relator, Ministro Cezar Peluso.

Começo dando conta de que, segundo o primeiro dos ilustres advogados que ocuparam a tribuna, quando da tramitação do RCED 698/TO, houve extravio de um volume dos autos. De fato, houve. Abri processo administrativo e encaminhei já pela Corregedoria, a cargo do Ministro Félix Fischer a *notitia criminis* à Polícia Federal. A Polícia Federal abriu inquérito; fez diligências, inclusive no nosso circuito de câmeras de televisão; e estamos aguardando a conclusão desse inquérito. O Ministro Félix Fischer restaurou o volume extraviado em menos de um mês. Então, foi extremamente diligente no cumprimento desse dever típico da Corregedoria.

O Ministro Cezar Peluso, a meu ver judiciosamente, assentou o princípio da não simetria das formas quanto ao § 1º do art. 81 da Constituição Federal, que versa o tema da eleição indireta quando há dupla vacância no último biênio do mandato do presidente da República e, portanto, do vice-presidente. Daí Sua Excelência extraiu a segunda conclusão: já que não há a obrigatoriedade da reprodução do modelo federal em tema de eleição indireta, que se afirme a plena autonomia dos Estados-membros, das entidades federativas periféricas de u'a maneira geral. Essa autonomia, no caso, manifesta-se pela detença de um autogoverno, que não se pode negar aos Estados-membros, assim como os Municípios e ao Distrito Federal.

Lá, Ministro Peluso, no Eleitoral, quando decidimos o RCED 698/TO pela cassação do diploma e, consequentemente, do mandato do então Governador Marcelo Miranda, decidimos também que a eleição seria indireta. Eu fui voto vencido, na honrosa companhia do Ministro Felix Fischer. Não discutimos, na ocasião, o tema da simetria das formas, mas eu me lembro – Vossa Excelência e o Ministro Marco Aurélio hão de me ajudar – que, quando compúnhamos os três a Corte especial eleitoral, chegamos a tocar nesse assunto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Corte decidiu que a eleição deveria ser direta.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas discutimos a questão da simetria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Folgo em saber que ela retornou à antiga jurisprudência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Na ocasião – acho que Vossa Excelência foi muito claro, e eu quero crer que também não me fiz obscuro na manifestação do meu ponto de vista –, nós dissemos, Ministro Peluso, que a eleição indireta no plano federal obedecia a uma lógica particular.

Na linguagem de Carlos Maximiliano, há normas que não obedecem senão a uma lógica especial, própria de um determinado instituto, de uma determinada figura de Direito – não é uma norma perpassante de todo o sistema de comandos, de um código, de uma constituição. E avançamos a ideia – quero crer – de que a eleição direta, já no segundo biênio do mandato, em nível nacional, seria uma

eleição particularmente conturbada, dificultosa, custosa, extremamente onerosa; mobilizar todo o País para uma eleição direta, às vezes faltando poucos meses para a conclusão do mandato. Carlos Maximiliano estava certo quando escreveu, e a doutrina dele permanece atual.

Vossa Excelência citou no seu voto, a meu ver também com absoluta procedência, com rigor técnico, o art. 25 da Constituição, parte permanente, e o art. 11 das Disposições Constitucionais Transitórias. Nos dois artigos está dito que os Estados se regem por constituições e leis próprias, obedecidos os princípios da Constituição, ou seja, tão somente em caráter obrigatório, cogente.

Ora, eleição indireta não é princípio. Princípio é eleição direta. Eleição indireta é exceção. Para se estender aos Estados-membros, necessário seria que a Constituição falasse às expressas. O silêncio da Constituição quanto à extensão do princípio simétrico é eloquente. Vamos até dizer: é um silêncio eloquentemente federativo ou um silêncio federativamente eloquente. É para prestigiar as autonomias estaduais, federativas periféricas – por comparação com a União, que é pessoa central.

De sorte que Vossa Excelência me parece que, ainda uma vez, acertou em cheio quanto à vontade objetiva da Constituição.

Enfim, no que toca ao voto aberto, peço vênia ao Ministro Joaquim Barbosa para, ainda uma vez, acompanhar o Relator. O representado tem o direito de saber como vota o seu representante, a menos que a Constituição diga o contrário. E efetivamente, quando a Constituição quer dizer que o voto parlamentar é secreto, ela o diz, mas em *numerus clausus*, em número fechado; ela é taxativa. O silêncio da Constituição, ainda uma vez, homenageia o que é principial.

O que é principial?

O voto em aberto para o parlamentar, porque o parlamentar é um representante.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas não para reeleger representantes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Agora, no art. 14 é outra coisa. No 14, o voto é secreto, inclusive é cláusula pétrea, para que o eleitor manifeste o seu voto soberanamente, sem pressões, sem coações, sem perseguições. É até uma conquista da civilização contemporânea o voto direto e secreto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência não pensa que o exercício desse voto específico no âmbito da Assembleia, em caráter aberto, vai abrir margem a pressões?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não. É o contrário. O voto secreto é que pode esconder pressões, senão "acordos obscuros".

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Retaliações.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, dizia um governador mineiro: "Voto secreto dá uma vontade de trair".

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas o princípio é a liberdade na escolha numa eleição como essa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Liberdade de escolha de quem é o titular, e o titular da democracia é o povo; então, o representante não é substituto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Enfim, Ministro Peluso, salvo engano, Vossa Excelência também perfilha o entendimento – quando de sua passagem pelo eleitoral – que coincide com o meu: a eleição só é indireta, mesmo no plano federal, quando o fato gerador da dupla vacância é não eleitoral – um *impeachment*, uma morte, uma renúncia, uma interdição por doença –, mas, quando o fato gerador da dupla vacância é eleitoral, a eleição é direta.

Portanto, acompanho o voto de Vossa Excelência e também indefiro a liminar.

Vossa Excelência também extingue o processo sem julgamento de mérito quanto à segunda ação?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): A segunda é a repetição da primeira.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Acompanho também Vossa Excelência. É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, em primeiro lugar, precisamos considerar que se faz presente o primado do Judiciário. Tem-se uma decisão – não sei se transitou em julgado ou não – do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da realização das eleições indiretas no âmbito da Casa Legislativa estadual.

Presidente, o tema não compõe, em termos de cláusula final do § 1º do art. 81 da Constituição Federal – a eleição, na forma da lei –, o processo eleitoral, muito embora haja a índole eleitoral.

Tomo, Presidente, a eleição indireta preconizada no § 1º do art. 81 da Carta Federal sem estabelecer qualquer distinção quanto à origem da vacância dos dois cargos – no caso do trato constitucional, os cargos de presidente e vice-presidente da República. Pouco importa a origem da vacância. Se a dupla vacância ocorre na segunda metade do mandato, a eleição é indireta. Não cabe ao intérprete distinguir onde o texto, principalmente o texto constitucional, não distingue, ao impor forma, essencial à valia do ato, a ser observada.

Vejo o dispositivo como sensível. Por que o faço? Porque, se não entender que o afastamento da vontade popular se dá mediante preceito sensível – de observância obrigatória nas duas outras esferas: na estadual e na municipal –, não sei o que vou entender, Presidente, como preceito sensível.

Surge a problemática alusiva à competência – e o Ministro Relator se reportou a precedentes deste Plenário – para edição da lei regedora desse escrutínio indireto. E, então, evidentemente, em se tratando do preenchimento dos cargos maiores da República – presidente e vice-presidente da República –, a lei é federal. No caso de preenchimento dos cargos de governador e vice-governador, a lei é a emanada da Assembleia Legislativa respectiva. Transporto essa óptica para o campo municipal, tendo em conta os 5.564 Municípios existentes no País,

as 5.564 câmaras de vereadores – agora com as cadeiras aumentadas porque, evidentemente, deve haver muito trabalho nessas câmaras!

O problema alusivo à extinção ficou esclarecido. A segunda ação requerida pelo mesmo Partido-autor, o mesmo partido político, somente veio à balha porque o diploma primitivo tinha sido revogado. Mas houve aditamento, admitido, ao primeiro pedido.

Sobre o voto secreto, Presidente, custo a vislumbrar, numa casa do povo, o mistério, o voto secreto. A regra, a tônica, há de ser a transparência, a publicidade maior dos atos daqueles que a integram, e não posso transportar para essa eleição especialíssima, a eleição indireta, o regramento constitucional quanto ao sufrágio universal atribuído àqueles que detêm a cidadania, os cidadãos em geral.

Tudo recomenda, como veio realmente a ser disposto pela assembleia legislativa, que a votação seja aberta. E aqui temos, como costumo dizer, um caleidoscópio, ante a possibilidade de visões diversas – como foi a do Ministro Joaquim Barbosa – e até mesmo quanto à justificativa. Penso que o campo fica mais propício a pressões esdrúxulas quando há a cobertura, pelo sigilo, do voto a ser proferido. Se o voto é aberto, permite que os cidadãos em geral, que acompanharão os trabalhos da assembleia, fiscalizem, estejam atentos e emitam até mesmo entendimentos quanto a cada voto proferido pelos deputados estaduais.

Acompanho integralmente, portanto, o Relator, já adotando entendimento sobre a necessária simetria. Vejo, na eleição indireta, preconizada no § 1º do art. 81, um princípio sensível a ser observado pelas unidades da Federação, não só os Estados, ante o disposto no art. 1º da Carta, mas também os Municípios.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.298-MC/TO — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (Advogados: João Costa Ribeiro Filho e outros). Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal acolheu a petição de emenda à inicial. E, por maioria, indeferiu o pedido de medida cautelar, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que a deferia em parte. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo requerente, o Dr. João Costa Ribeiro Filho, pelo requerido, o Dr. Fernando Pessoa da Silveira Mello, Procurador do Estado e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República.

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

Brasília, 7 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 6.748 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Rosalda de Fátima Vieira — Agravado: Presidente da Comissão Permanente de Concursos de Ingresso e Remoção de Serviços Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul

Agravo regimental. Reclamação. Concurso de remoção de notários e registradores. Consideração da complexidade e da maior relevância econômico-social da atividade notarial. Valoração como título de aprovação em concurso para atividade notarial e de registro, privativas de bacharel em direito. Alegado descumprimento da ADI 3.522/RS. Inocorrência. Agravo improvido.

I – Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.522/RS, não deliberou se o tempo de serviço na atividade notarial, para fins de remoção, deveria ou não ser valorado "considerando-se a complexidade e o tempo do exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social", conforme dispõe o art. 16, I, da Lei 11.183/1998 do Estado do Rio Grande do Sul.

II – Não viola a decisão proferida na ADI 3.522/RS a valoração como título de aprovação em concurso para atividade notarial e de registro, privativas de bacharel em direito, desde que atribuída semelhante pontuação às demais carreiras jurídicas, como dispõe o art. 16, XI, da Lei gaúcha 11.183/1998.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negar provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que julguei improcedente esta reclamação constitucional, ajuizada por Rosalda de Fátima Vieira, contra ato praticado pelo Presidente da Comissão Permanente de Concursos de Ingresso e Remoção de Serviços Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul, que teria afrontado o decidido por esta Suprema Corte nos autos da ADI 3.522/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

No referido julgamento, este Tribunal declarou a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e X do art. 16 e do inciso I do parágrafo único do art. 22, todos da Lei 11.183, de 29 de junho de 1998, do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão assim ementado:

> *Processo objetivo – Ação direta de inconstitucionalidade – Atuação do Advogado-Geral da União.* Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do art. 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.
>
> *Concurso público – Pontuação – Exercício profissional no setor envolvido no certame – Impropriedade.* Surge a conflitar com a igualdade almejada pelo concurso público o empréstimo de pontos a desempenho profissional anterior em atividade relacionada com o concurso público.
>
> *Concurso público – Critérios de desempate – Atuação anterior na atividade – Ausência de razoabilidade.* Mostra-se conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público.

A reclamante alegou que o reclamado segue aplicando a norma declarada inconstitucional por ocasião do julgamento da ADI 3.522/RS, "atribuindo pontos atinentes à complexidade e população do Município em que o candidato à remoção desempenhava sua atividade", nos termos do inciso I do art. 16 da citada legislação.[1]

Sustentou, ademais, que, embora também tenha sido declarado inconstitucional o inciso X do art. 16 daquele diploma,[2] a comissão de concurso considerou a pontuação daqueles aprovados em concurso público para os serviços notarial e de registros que exijam titulação de bacharel em direito, conforme dispõe o inciso XI da mesma norma.[3]

Em 3-10-2008, indeferi o pedido liminar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência da reclamação, nos termos do parecer assim ementado:

> *Reclamação. Alegado descumprimento do que decidido na ADI 3.522-3/RS. Concurso de remoção de notários e registradores. Consideração, para valoração de títulos, de critérios atinentes às características da municipalidade em que exercida a atividade cartorária, à complexidade do serviço e aprovação em concurso privativo de bacharel em direito. Temas não discutidos no processo objetivo. Parecer pela improcedência da reclamação.*
>
> (Fl. 162.)

---

1 "Art. 16. Os critérios de valorização dos títulos serão os seguintes:

I – desempenho profissional anterior em serviço notarial ou de registro, considerando-se a complexidade e o tempo do exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social – até trinta (30) pontos;"

2 "X – aprovação em concurso para os serviços notarial e de registro, salvo se já foi valorizado em outro item – até vinte (20) pontos;"

3 "XI – aprovação em concurso para cargos da carreira jurídica, salvo se já foi valorizado em outro item – até dez (10) pontos."

Julguei improcedente esta reclamação, por entender que o pedido formulado não se enquadrava em nenhuma das duas hipóteses permissivas inscritas no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal, seja para preservar a competência da Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões (fls. 172-175).

Isso porque, na esteira do parecer da Procuradoria-Geral da República, assentei que a comissão de concurso, ao considerar, para fins de remoção, apenas o período posterior ao ingresso por concurso público, estava, verdadeiramente, prestigiando o acórdão proferido na ADI 3.522/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

Inconformada, a reclamante interpôs este agravo regimental, reafirmando, em suma, os argumentos já articulados na inicial (fls. 185-190).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, entendo que a agravante não traz fatos novos capazes de ensejar uma mudança de entendimento quanto ao já decidido.

A tese sustentada é a de que a comissão afrontou a decisão proferida na ADI 3.522/RS, ao considerar a complexidade e o tempo do exercício da delegação de atividade notarial em cidade de maior relevância econômico-social, na atribuição de pontos aos candidatos ao concurso de remoção, nos termos do art. 16, I, da Lei 11.183/1998, que assim dispõe:

> Art. 16. Os critérios de valorização dos títulos serão os seguintes:
> I – desempenho profissional anterior em serviço notarial ou de registro, considerando-se a complexidade e o tempo do exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social – até trinta (30) pontos (...).

Não lhe assiste razão, contudo.

Conforme assentei na decisão agravada, esta Suprema Corte julgou procedente o pedido formulado na ADI 3.522/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e X do art. 16 e do inciso I do parágrafo único do art. 22, todos da Lei 11.183, de 29 de junho de 1998, do Estado do Rio Grande do Sul.

A declaração de inconstitucionalidade fundamentou-se na violação ao princípio da isonomia, sobretudo no acesso às funções públicas, uma vez que os dispositivos impugnados atribuíam, na valoração de títulos para o concurso de ingresso para os serviços notarial e de registro, maior pontuação àqueles que já exerciam tal atividade.

Contra o referido acórdão foram opostos embargos declaratórios, sob o argumento de que, em relação ao concurso de remoção, não há afronta a igualdade, "pois todos disputam na condição de titulares dos cargos".

Os embargos foram acolhidos, para prestar esclarecimentos, conforme consignou à ocasião o Relator, Ministro Marco Aurélio:

> (...) registro que provejo os embargos para, fixando os limites supra do acórdão proferido, prestar os esclarecimentos consignados, conferindo interpretação aos textos legais conforme a Constituição. **Isso implica a consideração do tempo de serviço, para efeito de remoção, tendo como marco inicial a assunção do cargo mediante concurso.**
> (Grifos meus.)

Verifica-se, dessa forma, que ao acolher os embargos de declaração, este Tribunal deu interpretação conforme ao inciso I do art. 16 da Lei gaúcha 11.183/1998, assentando a possibilidade de que, no concurso de remoção, pudesse ser considerado como título o tempo de serviço na atividade notarial, cujo termo inicial só poderia ser considerado após a delegação mediante concurso público.

Ressalto, contudo, que, no referido acórdão, esta Suprema Corte não deliberou se esse tempo de serviço na atividade notarial, para fins de remoção, deveria ou não ser valorado "considerando-se a complexidade e o tempo do exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social", conforme expresso naquele dispositivo.

Assim, é impossível o manejo da reclamação se a questão discutida não foi objeto de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há, em tais casos, autoridade a ser preservada.

Nesse sentido, foi a manifestação da Procuradoria-Geral da República, cujo trecho destaco:

> (...) bem extraímos dos trechos supra, que resumem adequadamente o inteiro teor dos provimentos jurisdicionais lançados nos autos da ADI 3.522-3/RS, que em momento algum foram objeto de análise minudente os critérios referidos pela reclamante para a concessão de pontos no concurso de remoção, quais seja, as características populacionais e econômico-sociais do município em que exercidas as atividades notarial e de registro pelos candidatos; a complexidade do serviço lá prestado (...).
>
> Sob tais premissas, não se mostram atentatórios à autoridade do julgado desta Suprema Corte os atos da Comissão que, frise-se, em concurso de remoção, mantiveram os "pontos que dizem com *complexidade do serviço* e *relevância econômico-social* do local onde há prestação do serviço" desde que considerado "apenas o período de atividade após o ingresso por concurso público".
> (Grifos no original.)

Por fim, registro que também não merece acolhida a alegação de que afronta a ADI 3.522/RS a contagem de pontos para os candidatos aprovados em concurso para delegação de atividade notarial e de registro, privativos de bacharel em direito.

É que, mais uma vez, a declaração de inconstitucionalidade do inciso X do art. 16 da Lei 11.183/1998 não tem o alcance que lhe pretende atribuir a reclamante.

A inconstitucionalidade que macula tal dispositivo, entendeu esta Corte, está na violação ao princípio da isonomia, sobretudo no acesso às funções públicas, pois não faria sentido a atribuição diferenciada de pontos estabelecida nos incisos X em comparação ao inciso XI, que dispõem:

> Art. 16. Os critérios de valorização dos títulos serão os seguintes:
> (...)
> X – aprovação em concurso para os serviços notarial e de registro, salvo se já foi valorizado em outro item – até vinte (20) pontos;
> XI – aprovação em concurso para cargos da carreira jurídica, salvo se já foi valorizado em outro item – até dez (10) pontos.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não afirmou que a aprovação em concurso não pudesse ser valorada na prova de títulos.

Assim, não merece qualquer reparo o ato da comissão de concurso que atribui pontuação igualitária aos candidatos aprovados em cargos de carreira jurídica, aí incluídos aquelas atividades notariais e de registro privativas de bacharel em direito.

Esse foi o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa ao analisar a Rcl 4.426/RS, caso análogo a este, em que assentou:

> (...) o fundamento principal da decisão prolatada por esta Corte na ADI 3.522 foi a violação do princípio da igualdade que os incisos julgados inconstitucionais encarnavam. Especificamente no que se refere ao inciso X do art. 16 da Lei 11.183, estabeleceu-se que criar privilégio na pontuação para aqueles aprovados em concursos para a área notarial e de registro gerava infundado fator de discrímen. Observe-se que, de acordo com o inciso X, aprovação em tais concursos valeria até vinte pontos, ao passo que à aprovação em outros concursos para as demais carreiras jurídicas, constante do inciso seguinte da lei (XI), seria atribuída a valoração de, no máximo, dez pontos, ou seja, rigorosamente a metade do verificado em relação aos concursos para a área notarial e de registro.
>
> Lembro que, na ocasião, na linha unânime quanto ao mérito, enfatizei a ofensa ao princípio da igualdade. Em seguida, com o desenrolar do debate, ficou patente que a diferenciação na atribuição de pontos àqueles que tinham experiência com serviços notariais e de registro ou que haviam sido aprovados em concurso para a área era desproporcional.
>
> Não vejo, portanto, ofensa ao que ficou decidido na ADI 3.522. A deliberação em que a comissão de concurso decidiu aproveitar a aprovação em concurso para a área notarial e de registro na rubrica genérica de aprovação em cargos de carreira jurídica não desbordou o princípio da proporcionalidade ao ponto de gerar um fator de discrímen. Ao contrário, à aprovação em concurso em tais áreas será dada a mesma pontuação outorgada à aprovação em concurso para outras carreiras jurídicas, qual seja, um ponto. Note-se que, de acordo com tal ato da comissão de concurso, até mesmo a aprovação em concurso para a magistratura ou para o Ministério Público será mais valorada que a aprovação em concurso para a área notarial e de registro.

Por todas essas razões, nego provimento ao agravo regimental.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto: O problema é se esses títulos valorados o foram com exagero, hiperafetação, com desproporcionalidade. Mas Vossa Excelência acha que não, não é? Que houve razoabilidade na aferição dos pontos ou na atribuição de pontos a essa experiência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu repito, inclusive, o art. 16 no que se louva o Tribunal de Justiça. Os critérios de valorização dos títulos são os seguintes, atribuindo-se, então, trinta pontos: desempenho profissional anterior em serviço notarial ou de registro, considerando-se a complexidade e o tempo do exercício da delegação em cidade de maior relevância econômica ou social.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trinta pontos. E os pontos conferidos a outros títulos ficaram muito abaixo desses trinta?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu não tenho esse dado aqui...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Esse é do Estado do Rio Grande do Sul?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas essa não foi a ação direta de inconstitucionalidade que foi relatada e julgada anteriormente pelo Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não, são outros dispositivos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Porque, naquela outra ação direta de inconstitucionalidade – não nessa que julgamos –, constava trinta pontos para atuação em serventia. Eu estava com o acórdão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na primeira foi declarado inconstitucional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É que o caso aqui é de reclamação. E isso não foi objeto das outras.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Foi julgado inconstitucional. Mas não é o mesmo dispositivo que foi julgado inconstitucional?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não é o mesmo dispositivo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, Vossa Excelência está dizendo que a ação direta de inconstitucionalidade invocada como paradigma não tem serventia para esse caso. Focadamente, essa matéria não foi objeto da nossa decisão. No caso não há o que fazer.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Inclusive o parecer do Ministério Público foi nesse sentido, de que não há nenhuma correspondência com o paradigma.

Aliás, se Vossas Excelências atentarem bem para esta pontuação, vou me referir a São Paulo, uma atividade desempenhada em Campinas e outra em Descalvado, evidentemente que essa experiência deve ser sopesada com mais intensidade e melhor valorada.

EXTRATO DA ATA

Rcl 6.748-AgR/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Rosalda de Fátima Vieira (Advogados: Vinicius Ludwig Valdez e outros).

Agravado: Presidente da Comissão Permanente de Concursos de Ingresso e Remoção de Serviços Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 23 de fevereiro de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 28.141 — MT

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Impetrante: Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos – AMDEP — Impetrado: Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências 2009.10.00.000103-8)

Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Ato que determinou ao Tribunal de Justiça mato-grossense que deixasse de cobrar emolumento judicial com destinação a qualquer entidade de classe ou com finalidade privada. Inadmissibilidade. Natureza administrativa do CNJ. Decretação de inconstitucionalidade de lei. Impossibilidade. Reestabelecimento da cobrança. Inviabilidade. Segurança denegada.

I – O Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa que é, não possui competência para determinar o afastamento de cobrança de emolumento judicial com fundamento na sua inconstitucionalidade, mesmo porque tal ato termina por afastar a aplicação da própria lei tributária.

II – A providência a ser adotada, por eventuais interessados em afastá-la, é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de pôr fim à cobrança de tal exação.

III – Embora o CNJ não pudesse, no caso, afastar a cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP), não é possível a concessão da segurança, pois restabelecer a citada cobrança seria fazer *tabula rasa* da jurisprudência desta Corte, que é absolutamente pacífica no sentido de que é vedada a destinação de valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado.

IV – Opiniões divergentes de Ministros quanto à decretação de inconstitucionalidade, no caso.

V – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferir a segurança e declarar a inconstitucionalidade da lei local. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso.

Brasília, 10 de fevereiro de 2011 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP), contra decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos autos do Pedido de Providências 2009.10.00.000103-8.

Narra a impetrante que o CNJ foi provocado a instaurar processo administrativo visando a apurar eventuais ilicitudes na cobrança de despesas processuais para o cumprimento de cartas precatórias, bem como na destinação de tais valores.

Ao final do Pedido de Providências 2009.10.00.000103-8, o CNJ determinou ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que se abstivesse da cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP), revendo seus regramentos administrativos de modo a retirar a obrigação do custeio vedado.

A decisão restou assim ementada:

> *Pedido de providências – Cálculo de emolumentos judiciais – Critérios de fixação – Destinação a entidades privadas.*
>
> I – O cálculo de emolumentos judiciais e seus critérios de fixação dizem respeito, via de regra, à política administrativa e contábil do regime de custas dos Tribunais, sendo questão ínsita ao poder regulamentar de seus serviços.
>
> II – O custo do serviço público prestado sob modalidade de taxa judiciária atende às peculiaridades locais, relevando-se dificuldades de transporte, de deslocamentos, de acesso a meios de condução e de extensão territoriais, além de outras variantes que subsidiam o *quantum* apurado a título de emolumento judicial (STF: AP 470).
>
> III – A destinação de valores, cobrados a título de emolumentos judiciais, a entidades de classe (Associação Mato-Grossense dos Magistrados, Colégio Notarial do Brasil, Associação Mato-Grossense do Ministério Público e OAB/MT), evidencia violação ao princípio da isonomia tributária, ainda que previsto em normas estaduais (Leis 3605/1974, 4348/2001 e 5607/1990). Precedentes do STF (ADI 1145; MCs nas ADIs 1378 e 1889; Rps 1139 e 1295) e do CNJ (PP 343).
>
> IV – Pedido de providências a que se julga procedente em parte, para determinar: (a) ao Tribunal requerido, que reveja seus atos normativos sobre regime de custas, no sentido de expurgar qualquer cobrança de emolumento judicial com destinação a qualquer entidade de classe e/ou com finalidade privada; (b) o encaminhamento da presente decisão à Procuradoria-Geral da República, para análise das Leis mato-grossenses 3605/1974, 4348/2001 e 5607/1990 e adoção de medida que entender cabível a sanar eventual frustração dos comandos constitucionais relativos à isonomia tributária; e (c) a remessa de cópias do presente voto a todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho do País, para que cesse o repasse a pessoas jurídicas estranhas ao Poder Judiciário, entidades de classe, ou entidades com finalidade privada.

Em cumprimento à decisão, a Corregedoria-Geral da Justiça editou provimento suspendendo a cobrança de contribuições destinadas ao impetrante, revogando todas as disposições normativas que regulavam a matéria.

Alega a impetrante que

> a cobrança de custas e emolumentos e o direito à participação da impetrante em parte delas encontra previsão expressa em lei estadual, cuja regulamentação coube ao e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.
>
> (...)
>
> À vista dessa expressa autorização legal, foram editados atos administrativos que, em consonância com a lei estadual, disciplinaram a forma de recolhimento e repasses de tais valores a impetrante. Contudo, a decisão do egrégio Conselho Nacional de Justiça, de maneira inequívoca, proclamou a insubsistência dessa autorização legal por entender que o destino de tais valores ofende ao princípio da isonomia tributária.

Sustenta, nessa linha, que o Conselho Nacional de Justiça usurpou competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, uma vez que retirou a eficácia do art. 1º da Lei estadual 8.943/2008.

Argumenta, ademais, que

> a Constituição Federal de 1988 não fornece competência ao Conselho Nacional de Justiça para apreciar e julgar (valendo-se da desconstituição, da revisão etc.) atos normativos de qualquer espécie (primários ou secundários). De fato, a leitura atenta da Constituição Federal – que, na espécie, requisita interpretação restritiva – fornece essa competência ao Conselho Nacional de Justiça somente em face de atos administrativos.

Aduz que estão presentes os requisitos para o deferimento da medida liminar.

No mérito, requer a concessão da segurança.

Às fls. 73-76 o Ministro Cezar Peluso, Vice-Presidente, indeferiu a medida liminar.

Informações prestadas às fls. 85-102.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem em parecer que porta a seguinte ementa:

> Mandado de segurança. Taxa judiciária destinada a entidades de classe. Impossibilidade. Precedentes do STF. Decisão do Conselho Nacional de Justiça. Competência e legitimidade. Parecer pela denegação da ordem.
> (Fl. 104.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A questão central discutida nestes autos é saber se o Conselho Nacional de Justiça poderia determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que revisasse seus atos normativos sobre regime de custas, no sentido de expurgar a cobrança de emolumento judicial com destinação a qualquer entidade de classe e/ou com finalidade privada.

Em outras palavras, está em discussão se o controle exercido pelo CNJ desbordou os limites estabelecidos no art. 103-B, § 4º, II, do Texto Constitucional e se houve invasão de competência privativa desta Corte para declarar a inconstitucionalidade das leis.

Entendo que a reposta é positiva para ambas as questões.

A Lei 7.603/2001 do Estado do Mato Grosso fixa, no âmbito daquela unidade da Federação, o valor das custas, despesas e emolumentos relativos aos atos praticados no foro judicial, além de instituir o selo de autenticação.

Em 29-7-2008, foi publicada a Lei 8.943/2008, que alterou a Tabela **D** da Lei 7.603/2001, para instituir contribuição para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP).

O CNJ, nos termos da competência constitucional prevista no art. 103-B, § 4º, II, instaurou pedido de providências (2009.10.00.000103-8), para apurar eventuais ilicitudes na cobrança de despesas processuais para o cumprimento de cartas precatórias, bem como irregularidades na destinação de tais valores.

Ao apreciar o feito, o Conselho entendeu que as custas judiciais não poderiam ter como destinatário associação de classe, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que, além de revisar seus atos normativos sobre regime de custas, eliminasse a cobrança de emolumento judicial com destinação a qualquer entidade de classe e/ou com finalidade privada.

Eis os termos da fundamentação:

> Por fim, com respeito à destinação de valores às entidades de classe (Associação Mato-Grossense dos Magistrados, Colégio Notarial do Brasil, Associação Mato-Grossense do Ministério Público e OAB/MT), ainda que haja respaldo normativo no Estado requerido (Leis estaduais 3605/1974, 4348/2001 e 5607/1990), tenho que falece interesse público suficiente a respaldar a mencionada exação, vez que seus destinatários – entidades de classe – além de já possuírem modo ordinário de aquisição de receita, através de descontos de seus associados, possuem nítida finalidade privada.
>
> (...)
>
> Como o caso presente trata exatamente da hipótese contrária – recurso destinado a fins privados – tenho por ilegal a exação de qualquer quantia, irrisória ou não, para as entidades de classe supramencionadas. Deverá, portanto, o Tribunal abster-se da referida cobrança, revendo seus regramentos administrativos para retirar a obrigação do custeio vedado, sob pena de se caracterizar indesejado tratamento não isonômico, vedado constitucionalmente.
>
> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já apreciou inúmeras hipóteses idênticas à presente, inclusive ainda sob o regime constitucional anterior à atual Carta da República, concluindo nos seguintes termos das ementas que ora se transcreve (...).

Entendo que o CNJ ao assim agir extrapolou os limites da sua competência.

Nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal:

> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> (...)
>
> II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, **a legalidade dos atos administrativos** praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.
>
> (Grifei.)

Verifica-se, dessa forma, que o CNJ tem competência para apreciar a legalidade de atos administrativos, porém não detém competência para apreciar sua constitucionalidade.

Nesse sentido, foi o entendimento firmado por esta Corte por ocasião do julgamento da ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, que porta a seguinte ementa:

> 1. (...) 2. *Inconstitucionalidade*. Ação direta. Emenda Constitucional 45/2004. Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura**. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. *Poder Judiciário*. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. *Poder Judiciário*. **Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal**. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, *caput*, I, letra *r*, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. (...)
>
> (Grifei.)

No caso em exame, o CNJ determinou ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que se abstivesse da cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP), revendo seus regramentos administrativos para retirar a obrigação do custeio vedado, por considerá-la inconstitucional.

Ora, a determinação do CNJ terminou por afastar a própria aplicação da Lei 8.943/2008, que respalda a edição dos atos administrativos pelo Tribunal local, o que, na estrutura do Poder Judiciário, não compete a ele, por tratar-se de órgão administrativo, não jurisdicional.

Embora a referida lei traga uma aparente inconstitucionalidade, na esteira de precedentes desta Corte citados pelo Relator do pedido de providências, isso não autoriza o Conselho Nacional de Justiça afastar a sua aplicação.

Ademais, a obrigação tributária nasce com a lei. Os atos administrativos editados pelo Tribunal de Justiça local apenas dão aplicabilidade à lei.

Leciona Roque Antonio Carrazza que

> também em matéria tributária, como não poderia deixar de ser, o único regulamento aceito por nossa Constituição é o executivo, que, subordinando-se inteiramente à lei (*lato sensu*), limita-se a prover-lhe a fiel execução, ou seja, a dar-lhe condições de plena eficácia, sem, porém, criar ou modificar tributos, nem impor, aos contribuintes ou terceiros a eles relacionados, deveres novos (não contemplados na lei). Deve, sim, limitar-se a reduzir o grau de generalidade e abstração da lei tributária, aumentando a segurança jurídica das pessoas de algum modo submetidas às regras de tributação. Esta é uma decorrência do próprio princípio da reserva da lei formal, que dá exclusivamente ao Poder Legislativo a faculdade de criar ou aumentar tributos e sobre eles dispor.[1]

Além disso, nota-se pela leitura da Lei 7.603/2008, com a alteração promovida pela Lei 8.943/2008, que se trata de norma que independe de regulamentação para produzir efeitos jurídicos.

Disso decorre que, ainda que não existissem os atos do Tribunal de Justiça local regulamentando a lei, mesmo assim a obrigação tributária seria devida.

Nesse sentido, é a lição do já citado Prof. Carrazza:

> Notemos que nem todas as leis administrativas devem ser regulamentadas, mas tão somente as não autoexecutáveis. Os regulamentos só se justificam em função da existência de tais leis, de cujos parâmetros, porém, não se poderão afastar.
>
> (...)
>
> É o caso de enfatizarmos, ainda, que a lei tributária não autoaplicável deve incidir, mesmo que não editado o regulamento que lhe proveria a fiel execução. De fato, se ela encerra uma réstia de possibilidade de sozinha produzir efeitos, deve fazê-lo – se por mais não fosse – em função do próprio princípio da certeza do

[1] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 362-363.

> direito, que exige que as leis venham cumpridas. A omissão regulamentar positivamente não implica negativa de exercício de direitos concedidos pela lei.[2]

Nesse passo, a providência a ser adotada, por eventuais interessados, é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de pôr fim à cobrança de tal exação, não podendo, porém, lograr tal desiderato por meio de determinação do CNJ.

O Conselho Nacional de Justiça possui, é verdade, competência para exercer um juízo de legalidade dos atos administrativos, mas não pode afastar tais atos com fundamento na inconstitucionalidade da lei que lhes dá suporte.

E, no caso concreto, a ordem do CNJ foi no sentido de que o Tribunal de Justiça deixasse de cobrar emolumento judicial com destinação a qualquer entidade de classe e/ou com finalidade privada, o que acabou por afastar a aplicação da Lei 7.603/2001.

Embora o Conselho Nacional de Justiça, a meu ver, não possa afastar a cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP), entendo que não é possível a concessão da segurança.

Isso porque restabelecer a cobrança da contribuição instituída em favor da Amdep, entidade privada, seria fazer *tabula rasa* da jurisprudência desta Corte, que é absolutamente pacífica no sentido de que é vedada a destinação de valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado, conforme se observa do julgamento da ADI 3.660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, assim ementado:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. 3. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. 4. Ação julgada procedente. Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei 9.868/1999, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional 45, de 31-12-2004.

Isso posto, denego a segurança, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da alteração promovida na Tabela D da Lei 7.603/2001, pela Lei 8.943/2008, que instituiu contribuição para a Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP).

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, penso que o Conselho não chegou a declarar a inconstitucionalidade das leis mato-grossenses, tanto

---

[2] Op. cit., p. 365/369.

que, num dos itens da ementa do pronunciamento, consta remessa de ofício ao Procurador-Geral da República para iniciativa cabível.

Na espécie, zelou pela supremacia da Constituição Federal. Qualquer órgão da administração pública pode deixar de aplicar uma lei que tenha como inconstitucional – é da doutrina do Supremo –, observando a Constituição. Foi o que ocorreu na espécie.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Ministro, quero apenas ponderar a Vossa Excelência. Realmente, essa é uma linha de raciocínio extremamente interessante. Estou afirmando o seguinte: que a decisão do CNJ, por vias transversas – evidentemente não o faz expressamente –, declara inconstitucional a lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, mas como ele zelaria?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Ele determina a um órgão de poder, de um ente federado, que se abstivesse de cumprir a lei que está em pleno vigor no Estado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim. Se é um órgão administrativo, deu um respaldo ao Tribunal de Justiça.

Mas veja, Ministro, toda vez que houvesse um choque da legislação, local, ou não, com a Constituição Federal, o Conselho ficaria manietado, não poderia se pronunciar. Evidentemente, ele colocou em segundo plano a legislação ordinária para ter-se a observância, quanto à regência de tributos, quanto à destinação do que arrecadado a título de tributos, da Carta Federal.

Por isso, penso que não há direito líquido e certo a amparar. E, quanto ao tema de fundo, a decisão, o pronunciamento do Conselho, está, como foi ressaltado da tribuna, em harmonia com pacífica jurisprudência deste Tribunal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Menciono esse fato também em meu voto.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Expressa disposição do § 2º do art. 98, introduzido pela Emenda 45, que é anterior à lei de 2008 de Mato Grosso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peço vênia ao Relator para, no caso, indeferir a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu também gostaria de suscitar essa indagação já posta pelo Ministro Marco Aurélio. Tivesse o Conselho – e pode ocorrer, esse é um problema que às vezes se apresenta, e talvez estejamos até carentes de desenvolvimento – manifestando-se sobre a inconstitucionalidade – isso pode ocorrer hoje com o Conselho Nacional de Justiça, com o Conselho Nacional do Ministério Público ou com o Cade, todos órgãos autônomos –, nós teríamos o problema das instituições. A questão antes de 1988 era se o Poder Executivo poderia descumprir uma lei entendendo-a como inconstitucional – foi objeto de

parecer da antiga Consultoria-Geral da República em sentido favorável. Hoje, temos ainda uma súmula do Supremo Tribunal Federal, a propósito do papel do Tribunal de Contas, tema que teremos de revisitar agora à luz da Constituição de 1988. Isso se tivéssemos um tema originário a ser discutido. Isso pode acontecer com o Tribunal de Contas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No caso concreto, o Conselho sequer tem legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda se pode imaginar que quem tem a legitimidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade não deva colocar em segundo plano a lei, no campo administrativo, tida como inconstitucional. Mas, na espécie, não. Teria o Conselho Nacional que sobrestar o processo administrativo para provocar a Procuradoria, caso não pudesse desprezar a lei e observar a Constituição Federal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Tivéssemos uma situação específica, nova, certamente poder-se-ia ter esta dúvida: o Conselho não aplicou uma lei em vigor e a declarou inconstitucional. Mas aqui há um outro dado importante. É que o Conselho se limitou a invocar uma vastíssima jurisprudência do Supremo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E remeteu ao Procurador-Geral para que ele tomasse as providências.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E veja Vossa Excelência que, na linha do que já até admitimos, em vários casos, quando vem ao Plenário do Supremo, mesmo em sede de controle incidental, uma lei, por alguma razão, que esteja sendo aplicada e que é inconstitucional, deveríamos declarar a sua inconstitucionalidade. Então, levando isto a uma forma ainda mais radical, caberia até mesmo cogitar-se aqui de se declarar a inconstitucionalidade dessas leis do Estado do Mato Grosso, no próprio processo do mandado de segurança e, por isso, indeferir o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A declaração incidental.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Veja, isso nós já admitimos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Essa saída, eu aceitaria. Porque penso que seria ortodoxa.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adiro à colocação de Vossa Excelência.

Acompanho-o para indeferir a ordem, assentando a inconstitucionalidade dessas leis no que vieram a disciplinar a matéria, contrariando a jurisprudência do Supremo e a Constituição.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É porque, também, nesse caso há uma particularidade. Nós poderíamos até reconhecer que, realmente, a decisão do Conselho transpôs os seus limites de competência, mas subsiste com autonomia o ato da Corregedoria local, o provimento do Tribunal local que suspendeu o recolhimento. O ato local tem fundamento autônomo, que é a inconstitucionalidade da lei, coisa que nós podemos reconhecer.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É, podemos reconhecer.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E, aqui, preocupa-me ainda um outro dado: é mandado de segurança, e onde está o direito líquido e certo?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Quer dizer, ainda que caia o ato do Conselho, o ato do tribunal local sustenta-se com base na nossa jurisprudência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mantém-se por si mesma, tem força própria.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Declaramos a inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí, Presidente, é difícil reconhecer o direito líquido e certo.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas, se Vossas Excelências quiserem trilhar esse caminho, *data venia,* do ponto de vista da ortodoxia mais correta, eu indeferiria, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, em face dos inúmeros precedentes da Corte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Somente na regência da matéria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Está bem.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Porque o órgão administrativo não pode determinar que se descumpra a lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E, portanto, é a constitucionalidade do provimento do tribunal local, que é o que suspendeu. Foi o tribunal local que suspendeu.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu reajusto nesse sentido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O que acarreta, Presidente, o reconhecimento da ausência de direito líquido e certo que, por si, já seria suficiente para indeferir.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E, na verdade, o ato que deveria ser atacado aqui é o ato do tribunal local, porque o ato do tribunal local é que suspendeu.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Por força própria.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, indeferimos?

O Sr. Ministro Ayres Britto: O eminente Relator se reposiciona.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Indefiro nesses termos e reajusto para declarar incidentalmente inconstitucional.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O Conselho Nacional de Justiça, independentemente da questão da inconstitucionalidade, atuou no limite de suas prerrogativas.

O juízo sobre a aplicabilidade ou a constitucionalidade de certas normas não é privativo do Poder Judiciário ou do Supremo Tribunal Federal. E não cuido aqui da noção de Constituição aberta de **Peter Häberle** – com a atuação popular em sua interpretação, pelo método concretista –, mas de algo bem mais simples: a distinção entre a condenação, por inconstitucionalidade, de um texto normativo, por um órgão autorizado, como delimita **Hans Kelsen**, e essa restrição levada a efeito por qualquer um do povo ou por um órgão do Estado, mas sem o resultado de banir a regra do ordenamento jurídico de maneira *erga omnes*.

A meu ver, portanto, não há adequação ao caso do precedente contido na ADI 3.367/DF, sobre ser o CNJ um órgão administrativo e sem poder jurisdicional. Essa não é a questão relevante, até porque, se o sentido desse acórdão foi o de impedir que o Conselho Nacional de Justiça interferisse no mérito das decisões judiciais, limitando-se a sindicar, por exemplo, se a *causa* (para se valer de uma terminologia do Direito Civil) do *decisum* estaria maculada por vícios de improbidade. São coisas distintas e que não se apresentam como hábeis a fundamentar o quanto se vai analisar neste caso.

Chegaremos, evidentemente, por fundamentos diferenciados, a resultados idênticos aos do eminente Relator, a saber, a denegação da segurança. A cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2003, em favor da Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos (AMDEP) é indevida, conforme parâmetros já estabelecidos pela Corte na ADI 3.660/MS, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, quando se afirmou na ementa o seguinte:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. 3. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. 4. Ação julgada procedente. Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei 9.868/1999, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional 45, de 31-12-2004.

No entanto, negar ao CNJ o poder de interferir na atuação irregular do tribunal submetido ao seu controle administrativo e financeiro (§ 4º do art. 103-B da CF) é restringir excessivamente o campo de ação do órgão, sem que haja fundamento relevante para isso.

A esse respeito, trago antigas lições de **Hely Lopes Meirelles** (**Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 538-539), absolutamente ajustadas a este mandado de segurança:

> O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.
>
> Os Estados de Direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o desta e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição.
>
> Ocorre, porém, que, como os atos públicos trazem em si a presunção de legitimidade, não cabe ao particular negar-lhes validade por entendimento próprio, sem que antes obtenha do Judiciário a declaração de invalidade. Com a Administração, todavia, a situação é diversa, porque a presunção de legitimidade milita a favor dos atos de todos os agentes do Poder Público. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso (decreto, portaria, despacho etc.) declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste.

Francisco Campos (**Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1. p. 440) também leciona que "uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em direito, antes e depois da declaração de inconstitucionalidade".

Não é outra a posição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (**Comentário à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967. t. 3. p. 598): "(...) (c) Apenas, quando o órgão tem de agir, dependendo a sua ação de implícita solução à questão prévia da inconstitucionalidade, ou da ilegalidade, pode ele abster-se, e dizer por que se abstém. (d) A decisão administrativa sobre inconstitucionalidade, ou ilegalidade, não desconstitui, somente dá ensejo à abstenção, se e enquanto não se manda que faça. Se sobreveio a decisão judiciária, a sentença tem a sua força constitutiva negativa específica, *in casu* (...)".

Ante o exposto, consideradas essas ponderações, acompanho o Relator, ressalvando os meus fundamentos.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu fiz essas considerações também para entender que não se trata, no caso, de desaplicação da lei, mas de aplicação da

jurisprudência pacífica, como nós temos aí em vários outros. Mas, de qualquer sorte, temos esse recurso, acredito que podemos fazê-lo.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, eu gostaria de reafirmar, no meu voto, a incompetência do CNJ para o ato objeto deste mandado de segurança, mas, ao mesmo tempo, adiro ao voto do Relator para declarar a inconstitucionalidade da lei que é pano de fundo de toda essa controvérsia.

Estou de acordo, mas deixo assentado isso.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu vou fazer juntar voto por escrito, porque entendo, independentemente da discussão da inconstitucionalidade, que o CNJ teria competência para tanto.

Então, digo estas palavras só para registrar, pois farei juntar voto por escrito.

EXTRATO DA ATA

MS 28.141/MT — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Associação Mato-Grossense dos Defensores Públicos – AMDEP (Advogado: Bento Epifânio da Silva Filho). Impetrado: Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências 2009.10.00.000103-8).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu a segurança e declarou a inconstitucionalidade da lei local. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou pela Advocacia-Geral da União a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária de Contencioso.

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

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA 29.988 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Impetrante: Comissão Executiva Nacional do Diretório Nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB — Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados

Liminar em mandado de segurança. Ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Preenchimento de vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar. Partido político. Coligação partidária. Questão constitucional consistente em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante.

1. A jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398) como do Supremo Tribunal Federal (MS 26.602, 26.603 e 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional também pertence ao partido político.

2. No que se refere às coligações partidárias, o TSE editou a Resolução 22.580 (Consulta 1.439), a qual dispõe que o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito.

3. Aplicados para a solução da controvérsia posta no presente mandado de segurança, esses entendimentos também levam à conclusão de que a vaga deixada em razão de renúncia ao mandato pertence ao partido político, mesmo que tal partido a tenha conquistado num regime eleitoral de coligação partidária. Ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica.

4. Razões resultantes de um juízo sumário da controvérsia, mas que se apresentam suficientes para a concessão da medida liminar. A urgência da pretensão cautelar é evidente, tendo em vista a proximidade do término da legislatura, no dia 31 de janeiro de 2011.

5. Vencida, neste julgamento da liminar, a tese segundo a qual, de acordo com os arts. 112 e 215 do Código Eleitoral, a diplomação dos eleitos, que fixa a ordem dos suplentes levando em conta aqueles que são pertencentes à coligação partidária, constitui um ato jurídico perfeito e, a menos que seja desconstituído

por decisão da Justiça Eleitoral, deve ser cumprido tal como inicialmente formatado.

6. Liminar deferida, por maioria de votos.

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 a medida cautelar, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 9 de dezembro de 2010 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A Comissão Executiva Nacional do Diretório Nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) impetra mandado de segurança, com pedido de medida liminar, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

Relata a petição inicial que Natan Donadon, ex-deputado federal pelo PMDB, renunciou ao cargo no dia 27 de outubro de 2010, para o qual fora eleito em 2006, pela Coligação "Rondônia mais humana", composta pelos partidos PP, PMDB, PHS, PMN, PSDB e PT do B.

Em razão da renúncia, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados convocou para posse nesse cargo o primeiro suplente da referida coligação, o Sr. Agnaldo Muniz, pertencente ao PP.

O PMDB contestou esse ato perante a Mesa Diretora, defendendo que a vaga decorrente da renúncia pertenceria ao partido e não à coligação. Pleiteou, assim, a posse da Sra. Rachel Duarte Carvalho, primeira suplente do próprio PMDB, partido que seria o legítimo detentor do cargo antes ocupado por Natan Donadon.

A pretensão do PMDB foi indeferida por despacho do Presidente da Câmara dos Deputados, o qual definitivamente convocou e deu posse ao Sr. Agnaldo Muniz, primeiro suplente da coligação, no dia 29 de outubro de 2010.

O presente mandado de segurança impugna esse ato do Presidente da Câmara dos Deputados. O fundamento da impetração reside no entendimento jurisprudencial – tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consultas 1.398 e 1.439) como do Supremo Tribunal Federal (MS 26.602, 26.603 e 26.604) – no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema proporcional pertence ao partido político e não à coligação, a qual tem existência efêmera e se desfaz uma vez proclamados os resultados das eleições.

Informa o impetrante, ademais, que o Sr. Agnaldo Muniz praticou infidelidade partidária, visto que não é mais filiado ao PP, partido pelo qual concorreu em 2006 e figura atualmente como suplente, mas, sim, ao PSC, do qual é o atual

presidente regional no Estado de Rondônia e pelo qual concorreu ao cargo de senador da República nas últimas eleições de 2010. Dessa forma, não pertencendo mais a qualquer dos partidos que se uniram na coligação "Rondônia mais humana" para o pleito de 2006, o Sr. Agnaldo Muniz não faria jus à suplência dessa coligação e, portanto, não poderia ser empossado no cargo de deputado federal deixado vago pelo ex-Deputado Natan Donadon.

Assim, alega o partido impetrante, em síntese, que tem o direito líquido e certo à vaga deixada pela renúncia do ex-Deputado Federal Natan Donadon.

O pedido de medida liminar é para que se determine à Presidência da Câmara dos Deputados que:

1) proceda à imediata posse, no cargo de deputado federal deixado vago pela renúncia do ex-parlamentar Natan Donadon, do primeiro suplente ou sucessores do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), na ordem obtida nas eleições gerais do ano de 2006; ou

2) suspenda a posse do Sr. Agnaldo Muniz no cargo de deputado federal deixado vago pela renúncia do ex-parlamentar Natan Donadon.

Em razão da proximidade do fim da atual legislatura (próximo dia 31-1-2011) e da importância da questão constitucional suscitada, submeto ao Plenário do Tribunal a apreciação do pedido de medida liminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão constitucional suscitada no presente mandado de segurança está em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante.

O partido impetrante sustenta que tem o direito à vaga deixada pela renúncia do ex-Deputado Federal Natan Donadon, que ocorreu no último dia 27 de outubro de 2010.

A tese do impetrante é extremamente plausível, por dois motivos fundamentais.

Em primeiro lugar, a jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha) como do Supremo Tribunal Federal (MS 26.602, 26.603 e 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político.

Na Consulta 1.398, o TSE decidiu que, no sistema proporcional (com regras de quociente eleitoral e quociente partidário), o mandato é do partido e a mudança de agremiação, após a diplomação, gera a perda do mandato pelo parlamentar. Posteriormente, o TSE voltou a decidir sobre a questão, reafirmando o posicionamento anterior, no sentido de que "o mandato é do partido e, em tese,

o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido" (Consulta 1.423, Rel. Min. José Delgado). Assim, e em atenção ao disposto no inciso XVIII do art. 23 do Código Eleitoral e ao julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 do Supremo Tribunal Federal, o TSE editou a Resolução 22.610, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

No que se refere às coligações partidárias, o TSE editou a Resolução 22.580 (Consulta 1.439, Rel. Min. Caputo Bastos, de 30 de agosto de 2007), a qual dispõe o seguinte:

> Consulta. Detentor, cargo eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda.
>
> 1. A formação de coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.504/1997, tendo sua existência caráter temporário e restrito ao processo eleitoral.
>
> 2. Conforme já assentado pelo Tribunal, o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito.
>
> Consulta respondida negativamente.

Com efeito, esse posicionamento do TSE leva em conta o fato de as coligações partidárias constituírem pessoas jurídicas *pro tempore*, cuja formação e existência ocorrem apenas em razão de determinada eleição, desfazendo-se logo que encerrado o pleito. Assim sendo, a pessoa jurídica da coligação partidária não se confunde com as pessoas jurídicas dos partidos que a compõem.

Tais entendimentos nada mais são do que a aplicação da tese jurisprudencial construída pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 (julgado em 4-10-2007), os famosos casos que versaram o tema da fidelidade partidária. Como é amplamente conhecido, nos referidos julgados, o STF fixou a tese segundo a qual o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político.

Destarte, como explanei em meu voto naquela ocasião, no sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil os partidos políticos detêm um *monopólio absoluto* das candidaturas (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 388). A filiação partidária, no sistema político delineado na Constituição, é uma condição de elegibilidade, como prescreve o art. 14, § 3º, inciso V. Nesse sentido, o art. 87 do Código Eleitoral é enfático ao determinar que "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos". E a Lei 9.096/1995, em seu art. 18, dispõe que, "para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos 1 (um) ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais".

Assim, se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio

mandato. Ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado, o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato.

Há, portanto, um direito fundamental dos partidos políticos à manutenção dos mandatos eletivos conquistados nas eleições proporcionais. Trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição (art. 5º, § 2º).

Ressalte-se, nesse contexto, que a presença dos partidos políticos num regime democrático modifica a própria concepção que se tem de democracia. Essas são as clássicas lições de Maurice Duverger:

> É a seguinte definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por intermédio de eleições honestas e livres. Sobre esse mecanismo de escolha, os juristas, após os filósofos do século XVIII, desenvolveram uma teoria de representação, o eleitor, dando ao eleito mandato para falar e agir em seu nome, dessa maneira, o Parlamento, mandatário da nação, exprime a soberania nacional. O fato da eleição, assim como a doutrina da representação, foram profundamente transformados pelo desenvolvimento dos partidos. Não se trata doravante de um diálogo entre eleitor e eleito, Nação e Parlamento: um terceiro se introduziu entre eles, que modifica, radicalmente, a natureza de suas relações. Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha. A coisa é visível nos regimes de partido único em que um só candidato se propõe à aceitação popular. Por ser mais dissimulada, não é menos real nos regimes pluralistas: eleitor pode escolher entre muitos candidatos, mas cada um destes é designado por um partido. Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores. A importância de cada um varia segundo o país; no conjunto, o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral. (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 387-388.)

No regime de *democracia partidária*, portanto, os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos. A representação é ao mesmo tempo popular e partidária. E, como ensinou Duverger, "o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral". Nesse contexto, o certo é que os candidatos, eles mesmos, não seriam os únicos detentores dos mandatos.

Os mandatos pertenceriam, assim, aos partidos políticos. As vagas conquistadas no sistema eleitoral proporcional pertenceriam às legendas. Esta é uma regra que parece decorrer da própria lógica do regime de democracia representativa e partidária vigente em nosso País.

Isso não implica a adoção de uma concepção de *mandato imperativo* ou de *mandato vinculado*. A democracia representativa no Brasil pressupõe a figura do *mandato representativo*, segundo o qual o representante não fica vinculado aos seus representados. O mandato representativo não pode ser revogado pelos eleitores, nem pelos partidos. O mandato representativo é mandato livre.

Mas a democracia partidária e o papel centralizador das candidaturas que detêm os partidos nesse regime são perfeitamente compatíveis com a ideia de mandato livre. Nos diversos modelos político-eleitorais, nunca se cogitou de que nos sistemas proporcionais o monopólio das candidaturas pertencente aos partidos políticos fosse inconciliável com a concepção genuína do mandato representativo.

Em verdade, nas modernas democracias representativas, tem-se uma nova concepção de mandato partidário, a partir de elementos dos modelos de mandato representativo e mandato imperativo.

A manutenção das vagas conquistadas no sistema proporcional, portanto, constitui um direito dos partidos políticos.

O Supremo Tribunal Federal tem mantido firmemente tais entendimentos. No recente julgamento do MS 27.938, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (julgado em 11-3-2010), o conhecido caso do ex-Deputado Federal Clodovil Hernandez, a Corte deixou consignado que o reconhecimento da justa causa, para que um determinado mandatário possa trocar de partido político, tem o condão de afastar apenas a pecha da infidelidade partidária e permitir a continuidade do exercício do mandato, mas não transfere ao novo partido o direito à manutenção da vaga. Naquele caso, o Deputado Federal Clodovil Hernandez havia modificado sua filiação do Partido Trabalhista Cristão (PTC) para o Partido da República (PR), com o reconhecimento da justa causa pelo Tribunal Superior Eleitoral, afastada, portanto, a infidelidade partidária. Na ocasião do falecimento de Clodovil Hernandez, o Partido da República requereu o direito à manutenção de sua vaga, o que foi indeferido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, que acabou dando posse ao primeiro suplente do PTC. O PR então impetrou o referido mandado de segurança, o qual foi denegado pelo STF, com fundamento na jurisprudência fixada nos MS 26.602, 26.603 e 26.604. Ficou consignado no voto do Ministro Relator que "a justa causa para a desfiliação permite que o mandato continue a ser exercido, mas não garante ao candidato, por mais famoso que ele seja, carregar ao novo partido relação que foi aferida no momento da eleição".

Esta Corte, como se vê, tem mantido firme seu entendimento no sentido de que o mandato parlamentar pertence ao partido político. Aplicado para a solução da controvérsia posta no presente mandado de segurança, esse entendimento também leva à conclusão de que a vaga deixada em razão de renúncia ao mandato pertence ao partido político, mesmo que tal partido tenha conquistado essa vaga num regime eleitoral de coligação partidária. Ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica.

Portanto, esse parece ser o posicionamento mais consentâneo com a jurisprudência fixada por este Tribunal nos MS 26.602, 26.603 e 26.604.

Ademais, no caso, como informado pelo partido político impetrante, o Sr. Agnaldo Muniz não é mais filiado ao Partido Progressista (PP), partido pelo qual concorreu em 2006 e figura atualmente como suplente, mas sim ao PSC, do qual é o atual presidente regional no Estado de Rondônia e pelo qual concorreu ao

cargo de senador da República nas últimas eleições de 2010. Logo, não pertencendo mais a qualquer dos partidos que se uniram na coligação "Rondônia mais humana" para o pleito de 2006, o Sr. Agnaldo Muniz não faria jus à suplência dessa coligação e, portanto, não poderia ser empossado no cargo de deputado federal deixado vago pelo ex-Deputado Natan Donadon.

Não se trata aqui de averiguar ou de atestar a hipótese de infidelidade partidária, o que seria competência da Justiça Eleitoral, mas apenas de constatar o simples fato de que o Sr. Agnaldo Muniz não pertence mais ao PP, o que foi comprovado pelos documentos juntados aos autos pelo partido impetrante.

Certamente, o Presidente da Câmara dos Deputados alegará que, no caso, apenas deu cumprimento à lista de suplência emanada da Justiça Eleitoral e que não tem competência ou poder para modificar essa lista. Porém, há que se estabelecer uma nítida diferença entre a hipótese de preenchimento de vaga oriunda de renúncia ao mandato parlamentar – o caso concreto versado no presente mandado de segurança – e a outra hipótese, diversa, do cumprimento de ordem da Justiça Eleitoral para o preenchimento de vaga originada de conduta parlamentar trânsfuga. Nesta última hipótese, de fato, caberá ao Presidente da Câmara dar cumprimento à ordem judicial da Justiça Eleitoral, tal como consta no ofício que lhe foi enviado, seguindo a lista de suplência ali verificada. Eventual impugnação ao ato de posse de suplentes deverá ser realizada mediante a contestação da própria lista de suplência perante a Justiça Eleitoral, em caso de infidelidade partidária. Na primeira hipótese, no entanto, é dever da autoridade máxima da Câmara dos Deputados averiguar a forma correta de preenchimento da vaga, podendo até mesmo fazer consultas, formais ou informais, à Justiça Eleitoral.

No presente caso, entendo que deveria o Presidente da Câmara dos Deputados ter dado posse ao suplente do próprio partido político detentor do mandato eletivo antes exercido por Natan Donadon. Essa é a solução consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

As razões aqui apresentadas, resultantes de um juízo sumário dos autos, são suficientes para a concessão da medida liminar.

A urgência da pretensão cautelar é evidente, em razão da proximidade do término da atual legislatura, a ocorrer no próximo dia 31 de janeiro de 2011.

Assim, com base nessas considerações, voto pelo **deferimento da medida liminar**, para que a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, por seu Presidente, proceda à imediata posse, no cargo de deputado federal deixado vago pela renúncia do ex-parlamentar Natan Donadon, do primeiro suplente ou sucessores do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), na ordem obtida nas eleições gerais do ano de 2006.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, gostaria apenas de dar uma pincelada em certo aspecto que, para mim, é importantíssimo e que diz respeito ao sistema.

Quando o eleitor comparece às eleições, sabendo ou não, é a verdade formal, vota no candidato e na legenda. Nas eleições proporcionais, os dois primeiros algarismos do número do candidato sinalizam a legenda, a vinculação ao partido. A legenda que capitaneou a caminhada do candidato está integrada aos parâmetros do próprio mandato. Daí ter-se placitado o princípio da fidelidade partidária, ou seja, ocorrendo a infidelidade, o partido tem o direito de reclamar a cadeira ocupada pelo infiel.

O que nos vem do Código Eleitoral e de forma muito explícita? E não podemos, depois das eleições, cogitar de coligação, já que esta é o somatório de forças para alcançar-se o êxito, tanto assim não tem número. O número é da legenda, integrado ao do candidato. O que nos vem é que "considerar-se-ão suplentes da representação partidária", suplentes, portanto, da representação que estaria presente, tendo em conta o mandato do candidato.

A meu ver, não se pode desconhecer esta realidade: há vinculação, do candidato à legenda, a legenda que – já que não temos candidatura avulsa – capitaneou a caminhada e o êxito alcançado.

Por isso, Presidente, reafirmando que o exame do pedido de concessão de liminar estaria em grandes mãos jurídicas se tivesse permanecido com o Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanho Sua Excelência. Creio que não cabia chamar, para assumir o mandato, para ocupar a cadeira, alguém que seria, num passado remoto – e já não é mais –, integrado a um dos partidos que compuseram a coligação, mas sim o suplente do partido a que integrado o parlamentar que assumira a cadeira.

Acompanho Sua Excelência, deferindo a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu, a princípio, vou apresentar voto divergente, mas preciso de um esclarecimento do eminente Relator.

Contra o ato de diplomação e a emissão de diploma de primeiro suplente houve alguma ação judicial? Foi desconstituído o ato de diplomação?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Não consta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A decisão do Presidente, que é atacada, diz textualmente isso, que não houve.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Então, não tendo havido, Senhor Presidente – porque isso é uma informação extremamente relevante, do ponto de vista da validade dos atos jurídicos perfeitos, para a minha premissa –, eu vou ao art. 215 do Código Eleitoral, que diz:

> Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.
>
> Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.

Senhor Presidente, no julgamento do MS 27.938, embora se tratasse de um caso concreto distinto, também se discutia a disputa de vaga – naquele caso, no 27.938, em razão do falecimento de alguém que mudou de partido, salvo engano, porque havia mudado de partido, e se a vaga acompanhava o novo partido ou ficava com a coligação anterior –, tive a oportunidade de acompanhar o eminente Relator Joaquim Barbosa, naquela ocasião, denegando a ordem e, portanto, mantendo o ato da Câmara dos Deputados. E como eu acompanhava o eminente Relator, fiz breves considerações. Mas destaco que, para manter coerência com aquele voto, citei exatamente os arts. 112 e 215 do Código Eleitoral, fundamentando, no meu voto proferido, ao acompanhar o Relator, que o suplente passa a ter uma relação jurídica própria. A diplomação é um ato jurídico perfeito.

É evidente que esta Corte, em precedente de todos conhecido, já julgou que perde o mandato aquele que deixa o partido pelo qual se elegeu, mas, para isso, é necessário um procedimento. Inclusive, a Corte determinou ao Tribunal Superior Eleitoral fazer uma resolução, e o Tribunal Superior Eleitoral assim o fez, disciplinando esse processo, esse procedimento. Não sei, como não houve nenhum tipo de ação, pelo que informa o eminente Relator, se houve justa causa para essa mudança de partido. O que sei é que o primeiro suplente foi diplomado em um ato jurídico perfeito com base nos arts. 215 e 112 do Código Eleitoral, que diz:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária [e todos nós sabemos que, quando há coligação, a ordem passa a ser a da coligação]:
> I – os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;
> II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.

Este art. 112 é de aplicação cogente às coligações por expressa determinação da parte final do art. 4 da Lei 7.454/1985.

Ademais, Senhor Presidente, há uma certidão nos autos do Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, um eminente servidor público que presta um serviço enorme não só à Câmara dos Deputados e ao Congresso Nacional, mas também a todo o País. Aproveito a oportunidade para destacar e homenagear o Dr. Mozart Vianna de Paiva, Secretário-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados. Há aqui uma certidão que diz que, à vaga decorrente da renúncia do mandato do Sr. Natan Donadon, foi convocado e tomou posse como titular do mandato parlamentar, em 29 de outubro de 2010, e encontra-se em exercício nesta data, quem? O Sr. Agnaldo Muniz (PSC/RO). Por quê? Porque foi eleito suplente de deputado federal pela coligação PP-PMDB-PHS-PMN-PSDB-PT do B do Estado de Rondônia. E foi diplomado como primeiro suplente, criando uma relação jurídica própria, subjetiva, que deveria ter sido desconstituída anteriormente e não ser agora discutida neste mandado de segurança.

Havendo esse ato jurídico perfeito, Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Gilmar Mendes para negar a cautelar.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Presidente, só gostaria de observar que é preciso ter cuidado aqui para que completemos ou mantenhamos a construção que fizemos em torno do próprio regime de fidelidade ou infidelidade partidária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Senão o que afirmamos não tem consequência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senão o sistema vai por terra.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas há uma ordem que foi encaminhada ao Congresso Nacional. O Congresso Nacional segue essa ordem.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas a questão da fidelidade ou infidelidade se apura em processo próprio com ampla defesa, contraditório. É outra discussão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Não é outra discussão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não é essa a questão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, se, na fidelidade, estabeleceu-se a vinculação ao partido, afastar-se-á essa vinculação quando aquele que venha exercendo o mandato renuncia?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas ele foi eleito pela coligação que é uma figura prevista pela Constituição às expressas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, ninguém vota na coligação em si. A coligação não tem número.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas o quociente eleitoral é determinado pelos votos da coligação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Veja que o próprio TSE vem entendendo que a mudança na coligação é também infidelidade partidária. Essa é uma resposta clara que o TSE tem dado. Porque, se considerássemos a coligação como um superpartido, não haveria... Veja, isto é um ente que, em princípio, deve até mesmo desaparecer. O sistema teria ganhado em maior estabilidade se já tivesse desaparecido o sistema das coligações. É um *provisorium*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E ela desaparece. Com a eleição e a diplomação, desapareceu a coligação.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas o diploma desaparece? O direito objetivo daquele parlamentar desaparece se houver uma ação, um ato judicial desconstituindo...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Só é suplente quem é diplomado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro, mas nós estamos falando que a coligação é que [inaudível], e a contagem posterior.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aquele que teria assumido quando o fenômeno ocorreu já não estava mais sequer vinculado ao partido da coligação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E a própria Constituição prevê que, havendo vaga, será chamado o suplente. É o § 1º do art. 56, em caso de vaga – e renúncia

determina vaga –, será convocado o suplente. Quem detém o *status* de suplente? Quem foi diplomado como tal pelo TSE. É ato jurídico perfeito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): É saber quem é o suplente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Qual dos suplentes?

O Sr. Ministro Ayres Britto: O suplente é nominalizado por um ato, por um diploma. Ele é portador de um diploma que o investe no cargo vago.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Veja que o TSE, nessa consulta a que me referi, diz claramente que a mudança no ambiente da coligação, ainda assim, causa a perda do mandato.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vou pedir vênia à divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, mas acompanho o Relator exatamente na esteira dessa jurisprudência – de um dos mandados de segurança fui até Relatora, no mesmo sentido –, dando consequência, portanto, ao que nós decidimos.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência. Primeiro, como fez Sua Excelência, com base nos arts. 112 e 215 do Código Eleitoral, e, de outra parte, também, entendendo que não se pode desconstituir aqui, numa cautelar, uma situação jurídica perfeita, consolidada, que deveria ser previamente desconstituída, porque a diplomação do suplente já foi feita pela Justiça Eleitoral.

Também verifico que a coligação tem todos os ônus, participa da campanha com recursos humanos e materiais, concorre para o quociente eleitoral, consegue diplomar o suplente e, na hora de fazer com que esse suplente tome posse, ela é alijada, com o devido respeito, a pretexto de que a coligação se desfaz terminadas as eleições.

Então penso que realmente é preciso prestigiar a coligação, prestigiar os atos jurídicos perfeitos que resultaram da eleição, ainda que em data posterior a ela.

Peço vênia para acompanhar a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o Relator, mantendo-me fiel ao voto que proferi no MS 27.938, que é o precedente mais próximo, aqui, no Plenário, sobre essa questão.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, só queria reforçar meu ponto de vista, dizendo que o caso encontra resposta precisa, normativa no art. 56, § 1º, da Constituição, cuja dicção é esta:

§ 1º O suplente [ou seja, aquele que porta o título de suplente, expedido pela Justiça Eleitoral, devidamente nominalizado] será convocado nos casos de vaga...

E a vaga ocorreu por efeito de uma renúncia.

A figura do suplente é prevista na Constituição pelo menos em duas passagens: § 1º e § 2º do art. 56. E a instituição das coligações também tem expressa descrição constitucional no art. 17, § 1º.

Por isso, estou seguindo a divergência, pedindo vênia ao eminente Relator.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu gostaria também de destacar, Senhor Presidente, que isso criará uma situação de insegurança muito grande junto aos parlamentos, porque os parlamentos recebem a ordem dos suplentes a serem chamados nos momentos não só de vacância, não só de renúncia, mas de licença.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Licença, de tratamento de saúde.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E eles têm uma ordem que foi emitida pelo Poder Judiciário brasileiro, e essa ordem não foi desconstituída por nenhuma outra decisão judicial.

Atenção para a gravidade do que estamos a decidir, e aí reafirmo o meu voto no sentido da negativa da cautelar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Há uma ordem de sucessão, que está prevista pela expedição dos diplomas.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ato jurídico perfeito. Pode ser desconstituído?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, também concordo.

EXTRATO DA ATA

MS 29.988-MC/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Impetrante: Comissão Executiva Nacional do Diretório Nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB (Advogados: José de Almeida Júnior e outros). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a medida cautelar, contra os votos dos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e 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, 9 de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 30.260 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Impetrante: Carlos Victor da Rocha Mendes — Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Alberto Lopes e Partido da Mobilização Nacional – PMN

Mandado de segurança preventivo. Constitucional. Suplentes de Deputado Federal. Ordem de substituição fixada segundo a ordem da coligação. Rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa e de perda do objeto da ação. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

1. A legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança é de quem, asseverando ter direito líquido e certo, titulariza-o, pedindo proteção judicial. A possibilidade de validação da tese segundo a qual o mandato pertence ao partido político e não à coligação legitima a ação do impetrante.

2. Mandado de segurança preventivo. A circunstância de a ameaça de lesão ao direito pretensamente titularizado pelo impetrante ter-se convolado em dano concreto não acarreta perda de objeto da ação.

3. As coligações são conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõem, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los.

4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos ainda, apaga os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados.

5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado.

6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais

são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado.

7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações.

8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral.

9. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, indeferir a admissão de *amicus curiae* e rejeitar todas as preliminares. No mérito, por maioria, contra o voto do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal denegou a segurança, cassadas as liminares e prejudicados os agravos regimentais, nos termos do voto da Relatora. Os Ministros foram autorizados a decidir monocraticamente os casos idênticos. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso.

Brasília, 27 de abril de 2011 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, impetrado por Carlos Victor da Rocha Mendes, em 7-1-2011, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

2. O impetrante afirma que, nas eleições de 2010, a Coligação Frente de Mobilização Socialista, formada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN) obteve votos para eleger três deputados federais pelo Estado do Rio de Janeiro (Romário de Souza Faria, Alexandre Aguiar Cardoso e Glauber de Medeiros Braga), todos filiados ao Partido Socialista Brasileiro (PSB), e que os candidatos Carlos Alberto Lopes (PMN) e Carlos Victor da Rocha Mendes (PSB) figuram, respectivamente, como primeiro e segundo suplentes daquela coligação.

Relata que o Deputado Federal Alexandre Aguiar Cardoso, eleito e filiado ao seu partido (PSB), teria sido confirmado como Secretário de Ciência e

Tecnologia do Estado do Rio de Janeiro, o que importaria na abertura de uma vaga na Câmara dos Deputados, a ser preenchida por suplente do Partido Socialista Brasileiro (PSB).

Sustenta ter direito líquido e certo ao preenchimento dessa vaga, por ser o mais votado entre os candidatos do Partido Socialista Brasileiro (PSB) que não lograram se eleger e porque o primeiro suplente da coligação, Carlos Alberto Lopes, é filiado a legenda diversa, Partido da Mobilização Nacional (PMN).

Pondera que, no julgamento da medida liminar no MS 29.988/DF, o Supremo Tribunal Federal teria reafirmado que o mandato parlamentar pertence ao partido político e assentado que a convocação dos suplentes deveria seguir a ordem dos partidos e não das coligações.

Pede seja concedida a ordem para "garantir[-lhe] o direito de ser convocado como primeiro suplente de seu partido para ocupar eventual vaga aberta de deputado federal, no lugar do primeiro suplente da coligação".

3. Em 1º-2-2011, deferi a medida liminar para garantir ao impetrante o direito de precedência na ocupação de eventual vaga deixada por Alexandre Aguiar Cardoso, e determinei a citação de Carlos Alberto Lopes e do Partido da Mobilização Nacional (PMN) (*DJE* de 8-2-2011).

4. Em informações prestadas em 17-2-2011, a autoridade apontada como coatora esclareceu que o Deputado Alexandre Aguiar Cardoso requereu seu afastamento do cargo em 3-2-2011 e que, na mesma data, o suplente Carlos Alberto Lopes foi empossado, nos termos da ordem de suplência encaminhada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Ressaltou que a Presidência da Câmara dos Deputados foi notificada da decisão em 8-2-2011, "o que inviabilizou a garantia de precedência ao impetrante à ocupação da vaga".

5. Em 2-3-2011, a União interpôs agravo regimental contra o deferimento da medida liminar. Sustentou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do impetrante e a perda do objeto da ação, pois os suplentes empossados somente poderiam ser afastados dos cargos em razão do retorno dos titulares ou da perda de mandato, nas hipóteses previstas no art. 55 da Constituição da República.

No mérito, afirmou que a existência das coligações não se confundiria com os efeitos jurídicos dela decorrentes e que seria necessário distinguir as questões relativas à investidura na suplência das que envolvem o exercício do mandato eletivo.

Sustentou que a decisão agravada teria alterado a interpretação conferida há décadas aos dispositivos legais que regem a matéria e estabelecido nova sistemática de investidura na suplência do parlamentar licenciado, o que teria surpreendido os participantes do processo eleitoral e contrariado os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Pede seja revogada a liminar e, no mérito, seja denegada a ordem.

6. Em 28-3-2011, Carlos Aberto Lopes, deputado federal filiado ao Partido da Mobilização Nacional (PNM), interpôs agravo regimental e, em 4-4-2011, apresentou contestação.

7. Em 18-4-2011, Sávio Luis Ferreira Neves Filho, impetrante do MS 30.380/DF, Rel. Min. Celso de Mello, requereu sua admissão como *amicus curiae* nesta ação, ao argumento de que teria "argumentos adicionais que não teriam sido abordados nas petições iniciais [dos MS 30.260 e MS 30.272 e] que poderão auxiliar na formação da convicção" deste Supremo Tribunal (Petição STF 22.256).

8. O Procurador-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. O presente mandado de segurança preventivo tem por objeto questão relativa à posse de suplentes nos cargos de deputado federal, a saber, qual o critério a se adotar na convocação dos mais votados como suplentes, se pelos partidos ou pelas coligações formadas nas eleições.

Segundo o impetrante, a atuação da Câmara dos Deputados indicou que os afastamentos de deputados federais levariam à convocação dos suplentes da coligação partidária, quando isso ocorresse, termos da ordem de sucessão informada pelo Tribunal Regional Eleitoral de cada Estado pelo qual se dá a vaga.

A questão jurídica posta nos autos está em saber se se preenche o cargo vago decorrente do afastamento de deputado federal eleito por coligação partidária com o mais votado do partido ao qual o parlamentar afastado é filiado ou aquele que obteve o maior número de votos entre todos os candidatos que concorreram ao cargo pela coligação.

A solução da questão assim posta passa, necessariamente, pelo exame do sistema de representação proporcional adotado no Brasil para a eleição de deputados e vereadores e pela análise da natureza das coligações e seus efeitos jurídicos. Também e, em especial, pela aplicação do princípio da segurança jurídico-eleitoral em face da jurisprudência assentada sobre a matéria.

Preliminares
Ilegitimidade ativa e perda do objeto da ação

2. Afirmam a União e os litisconsortes que o impetrante careceria de legitimidade processual, pois, admitindo-se a tese segundo a qual o mandato pertenceria ao partido e não ao candidato eleito, apenas aquele teria legitimidade ativa para impetrar este mandado de segurança.

Assevera que, sendo o partido político o titular imediato do direito alegado, poderia assumir posição jurídica até mesmo antagônica a do ora impetrante, por exemplo defendendo que a vaga pertenceria à suplência da coligação, seja por respeito ao pactuado nas eleições, seja para manter coerência com o que

sustentado em outras impetrações, ou mesmo porque essa tese seria mais conveniente ao partido, que manteria o número de vagas conquistadas.

Assinala, ainda, que a ação teria perdido seu objeto, pois, no caso presente, os suplentes da coligação teriam sido empossados antes do deferimento e da comunicação da decisão liminar e a autoridade apontada como coatora não poderia desfazer o ato de investidura.

3. Quanto à alegação de ilegitimidade ativa do impetrante, tenho como sem razão a União, agravante. Não há como negar, de plano, a legitimidade ativa do impetrante para, isoladamente ou em conjunto com o partido ao qual filiado, impetrar a presente ação.

O interesse de agir evidencia-se quando o autor da ação precisa se valer da via processual para alcançar a sua pretensão jurídica, à qual vem se opondo, conforme comprovado na espécie, a autoridade indigitada coatora. Também está demonstrado, no caso presente, que há uma utilidade ou interesse, juridicamente tutelado, ainda que como interesse e não, ainda, nesta fase, afirmado como direito, no quadro das condições e bens jurídicos que lhe seriam garantidos e que não vêm podendo ser efetivados, segundo alega.

É o deslinde da questão que assentará a titularidade, ou não, do direito do impetrante ao preenchimento da vaga decorrente do afastamento temporário do Deputado Federal Alexandre Aguiar Cardoso. Isso, contudo, não pode servir de impedimento para que aqueles que pretendem a titularidade e o exercício desse pretenso direito utilizem-se da via mandamental para garantir a discussão dos fundamentos do seu questionamento.

4. A legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança é de quem, acreditando-se titular de direito líquido e certo, pede proteção judicial. A exigência legal é que o impetrante demonstre possa exercer o que alega ser o seu direito, se afastados os obstáculos havidos no ato tido como coator.

A possibilidade de validação da tese de que o mandato de deputado federal pertence ao partido político e não à coligação legitima a ação do impetrante. Se se reconhece que o mandato pertence ao partido, o candidato mais votado entre aqueles que estão na sequência dos mais votados pela agremiação, no caso de vaga deixada por correligionário pelo respectivo partido, caso do impetrante, poder-se-ia concluir que ele teria direito ao cargo e, assim, teria legitimidade para adotar as medidas judiciais inerentes ao exercício desse mandato.

Nesse sentido, salientou o Procurador-Geral da República ter "o impetrante legítimo interesse em buscar o alegado direito de assumir a vaga deixada por deputado federal filiado a seu partido. Ainda que amparado pela tese de que o mandato pertence ao partido, age em nome próprio, movido pela pretensão de ocupar cadeira na Câmara dos Deputados".

Desse modo, tanto o impetrante quanto o Partido Socialista Brasileiro (PSB), ao qual é filiado, têm igual interesse de agir, dispondo de plena legitimidade ativa para a presente ação, pois ambos têm capacidade legal reconhecida para a proteção do interesse legítimo reclamado (art. 1º da Lei 12.016/2009).

5. Por isso, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do impetrante.

6. Rejeito, por igual, a preliminar da União de perda de objeto da presente ação.

O presente mandado de segurança foi impetrado preventivamente e teve liminar deferida em 1º-2-2011 (*DJE* de 8-2-2011), antes do pedido de afastamento do Deputado Federal Alexandre Aguiar Cardoso e da posse do suplente Carlos Alberto Lopes, ocorrida em 3-2-2011.

A circunstância de a ameaça ao direito pretensamente titularizado pelo impetrante ter-se concretizado não acarreta a perda de objeto da ação.

Antes, acentua a necessidade do julgamento desta ação para perfeito equacionamento da matéria e esclarecimento definitivo sobre a existência, ou não, do direito alegado, e conclusão sobre a ocorrência, ou não, de ilegalidade no ato tido como coator.

Mérito
As coligações partidárias

7. As coligações partidárias foram efetivamente[1] praticadas no Brasil entre 1950 e 1962[2]. Com a entrada em vigor do Código Eleitoral de 1965 (Lei 4.737), vigente até hoje, a norma originária do art. 105 chegou a proibir expressamente as alianças partidárias[3] no sistema proporcional.

Essa norma foi alterada vinte anos depois, pela Lei 7.454, de 30-12-1985, que passou a admitir a formação de coligações nas eleições para deputado federal, estadual e vereador, nos seguintes termos:

> Art. 105. Fica facultado a 2 (dois) ou mais Partidos coligarem-se para o *registro de candidatos comuns a deputado federal*, deputado estadual e vereador.
>
> § 1º A deliberação sobre coligação caberá à Convenção Regional de cada Partido, quando se tratar de eleição para a Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas, e à Convenção Municipal, quando se tratar de eleição para a Câmara de Vereadores, e será aprovada mediante a votação favorável da maioria, presentes 2/3 (dois terços) dos convencionais, estabelecendo-se, na mesma oportunidade, o número de candidatos que caberá a cada Partido.
>
> § 2º Cada Partido indicará em Convenção os seus candidatos e *o registro será promovido em conjunto pela Coligação.*
>
> (Grifos nossos.)

8. Desde 1997 o processo eleitoral brasileiro é regido, basicamente, pela Lei 9.504 (30-9-1997), que não apenas consolidou a matéria referente às coligações partidárias como lhe deu maior alcance, definidos os seus contornos jurídicos:

> Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição *proporcional* dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

§ 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

§ 1º-A. A denominação da coligação não poderá coincidir, incluir ou fazer referência a nome ou número de candidato, nem conter pedido de voto para partido político. (Incluído pela Lei 12.034, de 2009.)

§ 2º Na propaganda para eleição (...) proporcional, *cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação*.

§ 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas:

I – na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante;

II – o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III;

III – os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;

IV – a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem (...)

§ 4º *O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos*.

(Grifos nossos.)

9. Nos termos da legislação, as coligações são instituições jurídicas autônomas, distintas dos partidos que as compõem e que a eles se sobrepõem temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los, mesmo judicialmente.

O § 1º do art. 6º da Lei 9.504/1997 reservou a essa instituição *status* a equipará-la ao partido político; seus integrantes submetem-se aos preceitos do art. 17 da Constituição da República e a ela foi atribuído, expressamente, ainda que por determinado tempo, as prerrogativas e obrigações partidárias, tornando-as aptas a lançar candidatos às eleições em busca, na lição de Walter Costa Porto[4], do "maior número de postos em uma eleição proporcional ou o melhor resultado em um escrutínio majoritário".

Vivalto Reinaldo de Souza[5] explica que, "embora as coligações possam ser feitas com base em programas de partidos ideologicamente afins, o elemento central que as explica é a maximização de resultados". Trata-se, pode-se dizer, de uma associação política em busca de resultados eleitorais; seus objetivos principais articulam-se, conforme a dinâmica do jogo político, sob a perspectiva de acesso aos cargos de poder postos em disputa.

Na Constituição de 1988, a existência e a validade jurídicas das coligações foram expressamente reconhecidas pelo art. 13, § 3º, inciso II, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que, ao criar o Estado do Tocantins, definiu que as datas das convenções regionais partidárias, destinadas a deliberar sobre *coligações* e escolha de seus candidatos para governador, vice-governador, senadores, deputados federais e deputados estaduais, de apresentação de requerimento de registro dos candidatos escolhidos e dos demais procedimentos legais, seriam fixadas, em calendário especial, pela Justiça Eleitoral.

10. A Emenda Constitucional 52, de 8-3-2006, alterou o § 1º do art. 17 da Constituição da República[6], inserindo a prerrogativa de os partidos políticos se coligarem livremente segundo decisão autônoma:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
> (...)
> § 1º *É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir* sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e *o regime de suas coligações eleitorais*, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.
> (Grifos nossos.)

11. A partir da prática política, as coligações obtiveram reconhecimento constitucional, identificadas, desde a legislação ordinária, como conformações políticas temporárias, decorrentes da aliança partidária formalizada na Justiça Eleitoral entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias e, com isso, maximizar a possibilidade de êxito, que não seria o mesmo se concorressem isoladamente.

As coligações que, em última análise, representam a política da política, são articuladas em vários países, "notadamente nos que adotam o sistema parlamentarista como estratégia de governo ou de oposição nos parlamentos [e] entre nós se definem como instrumento de sobrevivência das minorias nas eleições. Esclarecem *Odyr Porto* e *Roberto Porto*[7] que, 'não obstante as objeções a elas opostas, máxime no tocante às eleições proporcionais, porque desfigurariam ideologicamente os partidos, e ainda porque, na prática, frequentemente se apresentariam desvirtuadas, favorecendo as chamadas 'legendas de aluguel', *continuam* admitidas no nosso ordenamento jurídico"[8] (grifos nossos).

O reconhecimento pelo sistema jurídico vigente das coligações partidárias, para definir o resultado das eleições consideradas essas alianças, impõe se reconheça no ordenamento que a sua formalização produz efeitos jurídicos que não podem ser desconsiderados.

12. A Emenda Constitucional 52/2006 definiu, no § 1º do art. 17 da Constituição, que os partidos políticos dispõem de ampla autonomia para se coligarem, o que foi reconhecido, às expressas, por este Plenário, por exemplo, no julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie (*DJ* de 10-8-2006):

> A inovação trazida pela EC 52/2006 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, *a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal*. (...) Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.
> (Grifos nossos.)

Conforme ressaltam, dentre outros, Thales Tácito Pontes e Luz de Pádua Cerqueira[9] , "proibir a coligação, *para alguns*, é matar a política. É a antipolítica. Se dois partidos não podem coligar-se para disputar o voto, em nome de quê podem se unir para governar?" (grifos nossos).

A opção do partido político em coligar-se a outros comunica ao eleitor a comunhão de ideologias[10] ou, até mesmo, a incongruência entre elas. Será pelo voto que o eleitor aquiescerá, ou não, com essa associação, que por si tem carga ideológica e política. Assim, quando o cidadão vota num partido coligado, deixa de optar por um programa supostamente puro para aderir a uma multiplicidade de propostas, que se conjugam ante a perspectiva de acesso e de exercício dos cargos do Poder.

Desse modo, a Coligação passa a funcionar como um superpartido ou, nas palavras de Pinto Ferreira, uma superlegenda[11], do ponto de vista formal (capacidade jurídica, até o fim das eleições) e até mesmo substancial (combinação de ideias).

A coalizão político-partidária, que importa na atuação conjunta e na combinação de esforços, recursos materiais, financeiros e de pessoal visando, especialmente, a obtenção do maior número de cargos eletivos disponíveis, tem se mostrado, na prática, um eficiente instrumento para aumentar o valor e a visibilidade das agremiações partidárias menores, projetando-as na disputa eleitoral.

As coligações são, às vezes, forma adotada pelos partidos menores e menos expressivos de, em conjunto, participar do processo eleitoral com melhores chances de sucesso no sentido de angariar maior número de cadeiras postas em disputa. É a união de forças que viabiliza a apresentação de suas propostas e de seus candidatos e a conquista do espaço político, contribuindo para a efetivação do pluripartidarismo.

Sobre a importância das coligações, David Fleischer adverte que sua "eliminação nas eleições proporcionais seria o fim da maioria dos partidos e micropartidos no Brasil – inclusive os chamados 'partidos históricos', como o PC do B e o PPS. Talvez, apenas sete ou oito partidos maiores sobrevivessem" (*Coligações eleitorais*. In: Leonardo Avritzer; Fátima Anastasia. (Org.). Reforma Política no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 145).

Na mesma linha, Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo da Cunha salientam que "as coligações proporcionais têm servido (...) para assegurar a sobrevivência dos pequenos partidos, particularmente aqueles de índole ideológica (...). São,

portanto, as coligações proporcionais, um dos últimos instrumentos de salvaguardar o princípio constitucional do pluripartidarismo" (Manual das eleições. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68-69).

Os partidos menores aumentam suas chances na disputa eleitoral na medida em que, agregados a outros, têm aumentado o quociente partidário e, com isso, o número de cargos eletivos conquistados:

> Segundo Santos, o que movia os partidos a se coligarem eram os elevados quocientes eleitorais na maioria dos estados e a fórmula d'Hondt[12] para distribuir as sobras. O autor explica que a percentagem de cadeiras na Câmara Federal preenchidas por meio de alianças passou de 18% em 1950, a 34% em 1954, a 41% em 1958 e a 47% em 1962.
>
> Lavareda acredita que, no caso dos partidos pequenos, o motivo pelo qual eles se coligam é claro: alcançar o quociente eleitoral. Já para os partidos grandes – prejudicados em termos do número de candidatos menos votados, geralmente não eleitos na coligação porque as legendas pequenas tendem a concentrar seus votos lançando um ou poucos candidatos – o motivo do comportamento coligacionista não é óbvio: as coligações no pleito proporcional serviriam para conseguir o apoio das pequenas legendas nas eleições majoritárias de turno único para executivos estaduais, "aquelas em que mesmo um pequeno contingente de votos orientados por uma pequena legenda ou liderança isolada podia ser vital nas urnas, ou mesmo antes, à medida que emprestavam aparência de maior força e ajudavam a viabilizar candidatura" (Lavareda, 1991:116). Nos dias atuais (NICOLAU, 1996, SCHMITT, 1999), esse apoio também significa mais tempo o horário gratuito de propaganda eleitoral para os candidatos ao executivo[13].

13. Não se põe em questão seja a coligação fenômeno passageiro, iniciado a partir de sua formalização na Justiça Eleitoral, que se extingue após as eleições. Porém, nesse período, pode-se afirmar que chega a substituir os partidos políticos coligados, até mesmo na legitimidade para atuar isoladamente durante o processo eleitoral, salvo nas estritas exceções legalmente afirmadas.

Nesse sentido, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral 21.346, ao tratar da necessidade de atuação conjunta dos partidos coligados, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu:

> Recurso especial. Eleição 2000. Representação. Partido político coligado. *Ilegitimidade para agir isoladamente*. Dissídio. Não caracterização. Conhecido, mas desprovido. I – *O partido político integrante de coligação não tem legitimidade ativa para, isoladamente, ajuizar representação com vistas a apurar possível infração*. (...)

Em seu voto, o Ministro Relator Peçanha Martins salientou:

> *a coligação, no momento de sua constituição, assume*, em relação ao pleito do qual participa, *todas as obrigações e direitos inerentes a uma agremiação partidária, como dispõe o art. 6º, § 1º, da Lei 9.504/1997*. (...) Como destacado pelo parecer ministerial, "essa situação perdura durante o processo eleitoral, da fase das convenções até a realização das eleições", só se podendo falar em legitimidade concorrente após a proclamação dos resultados do pleito. (...) *Demais disso, o*

> *acolhimento da tese do recorrente*, de que haveria legitimidade concorrente entre os partidos e a coligação da qual fazem parte, *implicaria esvaziamento do próprio conceito de coligação, qual seja*, *funcionar como se fosse um único partido.*
> (Resp 21.346, de 9-9-2003, Rel. Min. Peçanha Martins – Grifos no original.)

No mesmo sentido, são precedentes os Recursos Especiais Eleitorais 25.033, de 10-3-2005, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, e 22.107, de 11-11-2004, Rel. Min. Caputo Bastos, e o Agravo de Instrumento no Recurso Especial Eleitoral 2.158, 17-10-2000, Rel. Min. Garcia Vieira.

Sobre a unicidade da figura eleitoral que se forma com a coligação de partidos, Weber de Moura Agra pondera:

> (...) *É da essência da coligação que ela funcione como uma única agremiação.* Desde quando coligados, os partidos políticos abdicam da sua própria individualidade, para formação de um só ente, não podendo haver *diferenciação que forneça tratamento privilegiado a qualquer das agremiações que dela fazem parte*.
>
> A coligação não é um simples amontoado de partidos políticos, mas a junção de dois ou mais que fazem um só, ainda que provisoriamente. Lourival Serejo afirma que a temporariedade é a característica maior das coligações. Paralelamente a essa, deve-se também, afirmar que a unicidade jurídica da coligação é outra de suas características.
>
> *Esse fator de unicidade da coligação é determinado expressamente pela lei, ao afirmar que deve funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato de interesses interpartidários*. Esta ideia se corrobora na representação da coligação. Ela é suprapartidária (...)
>
> *Como as coligações representam grupo de partidos, constituídos em um só, cabe a elas velar pelos interesses das agremiações componentes*. Ademais, pela própria formação da coligação, perdem os partidos políticos individualmente a legitimidade para propor ações eleitorais típicas. (...) Como salientado, a coligação, após ser celebrada, funcionará apenas como se fosse um partido político, em uma integração de forças para a obtenção do mesmo objetivo: a vitória nas urnas e *a hegemonia no poder*.
> (Comentários à nova lei eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 20 – Grifos nossos.)

14. A figura jurídica nascida com a coalizão transitória, estabelecida desde as convenções partidárias, não se esgota, entretanto, em seus efeitos, no dia do pleito nem apaga os efeitos de sua existência, quando cumprida a sua finalidade inicial e estritamente prática, ensejadora da convergência de fins políticos, qual seja, a eleição dos candidatos.

Passadas as eleições, as coligações continuam a surtir efeitos.

15. De se registrar que o Tribunal Superior Eleitoral tem admitido a atuação judicial das coligações mesmo após a apuração do resultado das eleições, em especial *para assegurar a concretização dos efeitos dela decorrentes*. Exemplo disso é o reconhecimento de sua legitimidade para pedir a recontagem de votos e para ajuizar ações de impugnação de mandato. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Investigação judicial. Legitimidade ativa. Coligação.

1. A coligação é parte legítima para propor as ações previstas na legislação eleitoral, mesmo após a realização da eleição, porquanto os atos praticados durante o processo eleitoral podem ter repercussão até após a diplomação.

2. Com o advento das eleições, há legitimidade concorrente entre a coligação e os partidos que a compõem, para fins de ajuizamento dos meios de impugnação na Justiça Eleitoral, em face da eventual possibilidade de desfazimento dos interesses das agremiações que acordaram concorrer conjuntamente.

3. Essa interpretação é a que melhor preserva o interesse público de apuração dos ilícitos eleitorais, já que permite a ambos os legitimados – partidos isolados ou coligações – proporem, caso assim entendam, *as demandas cabíveis após a votação*.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Resp 36.398-AgR, de 4-5-2010, Rel. Min. Arnaldo Versani – Grifos nossos.)

Ação de investigação judicial. Coligação. Legitimidade ativa ad causam. Representação judicial. Presidentes de partidos coligados. Presunção. Lei 9.099/1995, art. 10, parágrafo único.

As coligações partidárias estão legitimadas a propor ação de impugnação de mandato eletivo nos pleitos em que participaram.

Os presidentes dos partidos, em conjunto, representam a coligação que integram, independentemente da designação ou não de representantes (...)

(Resp 19.663, de 21-5-2002, Rel. Min. Carlos Madeira.)

Ressaltou o Ministro Relator, neste último precedente, que "as coligações partidárias, constituídas na forma do art. 6º da Lei 9.504/1997, têm legitimação processual para todos os atos da eleição, *inclusive para os dela emergentes*, como é o caso da impugnação do mandato" (grifos nossos).

No mesmo sentido: Resp 15.060, de 26-6-1997, Rel. Min. Néri da Silveira; AI 4.410, de 16-9-2003, Fernando Neves; de Resp 19.663, de 21-5-2002, Rel. Min. Carlos Madeira e o AI 1.208, de 9-9-1999, Rel. Min. Edson Vidigal.

16. Coligar é opção política. E, como antes realçado, importa no despojamento dos partidos de uma atuação individualizada em prol de uma ação conjunta e politicamente mais expressiva para concorrer às eleições, cuja força será numericamente reconhecida no quociente partidário, que passa a representar o quociente da coligação e não de cada partido (art. 105, § 2º, da Lei 7.454/1985).

Nesse sentido, dispõe o Código Eleitoral:

Art. 107. *Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário*, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou *coligação de legendas*, desprezada a fração.

Art. 108. *Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido*.

(Grifos nossos.)

17. A associação dos partidos políticos, formando a coligação, assume, assim, perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e

também para os eleitores a feição de um superpartido. Essa instituição, criada pela fusão temporária de algumas agremiações, formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas propagandas e nos horários eleitorais e, a partir dos votos a ela conferidos, forma quociente partidário próprio, qual seja, o da coligação. Nesse sentido:

> Eis a aritmética normativa estabelecida no Código Eleitoral:
>
> a) encontra-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração, se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior – art. 106;
>
> b) determina-se o quociente partidário, dividindo-se, pelo quociente eleitoral, o número de votos válidos sob a mesma legenda ou coligação, desprezada a fração – art. 107;
>
> c) *estarão eleitos tantos candidatos registrados por partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido – art. 108*.
>
> (AC 430.572, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* de 14-3-2011.)

Daí por que o estudo aprofundado do tema leva-me a acatar que o quociente alcançado pela coligação não permite o seu isolamento pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. Por essa razão, não seria acertado afirmar que o número de vagas efetivamente conquistadas a partir do quociente total pertença ao partido coligado A ou B, não dispondo, cada um apartadamente, de quociente partidário algum.

Se o quociente partidário para o preenchimento das vagas é definido em função da coligação, contemplando assim os seus candidatos mais votados, independentemente do partido, tenho que se deve manter a mesma regra para a sucessão dos suplentes. Isso porque os suplentes, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado.

A questão posta em exame, no presente caso, a saber, se os suplentes eleitos em coligação a serem convocados em caso de vaga do cargo seriam os mais votados na coligação e não nos partidos, foi inicialmente regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Resolução 13.266, de 29-10-1986, conforme assentado por unanimidade nos termos do voto condutor do Ministro William Patterson, na Consulta 8.702/DF:

> *O Sr. Ministro William Patterson*: O Deputado Federal José Teixeira formula a seguinte consulta: "No caso de substituição de deputado federal pelo suplente, como deve ser efetuada a chamada: através da lista de sucessão da Aliança Democrática ou do Partido Político? Idêntico procedimento se aplica à substituição de Deputado Estadual?"
>
> VOTO
>
> *O Sr. Ministro William Patterson*: Extraio do parecer de fls. 8/10, subscrito pelo digno Dr. Ruy Ribeiro Franca, os seguintes lances:
>
> "A nosso ver, *data venia*, a questão está mais do que suficientemente esclarecida pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral. Desde a Resolução 13.266, de 29 de outubro de 1986, ficou esclarecido:

1. estarão eleitos pelo sistema proporcional, para Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas, os candidatos mais votados de cada Partido ou *coligação*, os quocientes partidários e o cálculo da distribuição das sobras (art. 44);

2. o preenchimento dos lugares com que Partido ou *coligação* -se-á segundo *a ordem de votação nominal de seus candidatos* (4º – *sic* –, 47 – Código Eleitoral, art. 109, 4 1º – *sic*);

3. considerar-se-ão suplentes da representação partidária ou da *coligação*, os não eleitos dos respectivos Partidos ou *coligação* (art. 49, I); havendo empate na votação, na ordem decrescente de idade (art. 49, II, *Código* Eleitoral, art. 112, I e III).

Posteriormente, pela Consulta 8.522, relatada pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, reafirmou o Tribunal entendimento no sentido de que estão eleitos os candidatos de maior votação nominal, pertencentes ao Partido pelo qual concorram, *ou coligação*, o mesmo se aplicando em relação aos suplentes. O assunto já foi devidamente examinado, também, quando do julgamento do Recurso de Diplomação n. 402, em sessão de 7-4-87; Recurso de Diplomação 410, em sessão de 30-4-87; Recurso de Diplomação 409, em sessão de 19-5-87."

Como visto, o assunto já mereceu a devida solução por parte desta Egrégia Corte, quer através de ato normativo (Resolução 13.266, de 1986), quer por meio de exame incidental (Consulta 8.522[14]), não merecendo, destarte, quaisquer considerações complementares.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de responder à consulta nos termos da orientação deste Colegiado, posta em destaque.

(Consulta 8.702, Rel. Min. William Patterson, sessão de 4-6-1987 – Grifos no original.)

18. A solução assim apresentada, antes mesmo da vigência da Lei 9.504/1997, que enfatizou a perspectiva da coligação como uma espécie de "superpartido", honra, ao mesmo tempo, a aliança partidária e a voz do eleitorado, contemplando os candidatos mais votados da coligação, por ter sido assim apresentada a lista daqueles a serem escolhidos, assim foi divulgada a propaganda eleitoral na qual cada um se apresentou e que, ao final, obteve, por força da aliança formalizada, número suficiente de votos na contagem obtida com a coligação, independentemente do partido ao qual esteja filiado.

As cadeiras obtidas no pleito eleitoral vinculam-se, portanto, à coligação e são distribuídas em função do maior número de votos recebidos pelos candidatos por ela registrados. Essa sistemática repercute de forma idêntica na definição dos candidatos que não lograram se eleger imediatamente e ficam na suplência. A lista de suplentes é formada a partir do candidato mais votado da aliança partidária pela qual concorreu, a saber, a coligação.

Sob a Lei 9.507/1997, o Tribunal Superior Eleitoral tem proferido decisões nesse sentido, glosadas em razão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral a respeito da fidelidade partidária que, a partir de 2007, firmou sua jurisprudência no sentido de que mandatos eletivos pertencem aos partidos políticos e não aos candidatos (Consulta 1.398/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 8-5-2007 e Consulta 1.407/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* de 28-12-2007).

A questão da infidelidade partidária como causa para a perda do mandato parlamentar ganhou repercussão em 27-3-2007, quando o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta 1.398, assentou, nos termos do voto do Ministro Cesar Asfor, Relator, que "os partidos políticos *e as coligações* conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda" (grifos nossos).

Naquela assentada, ressaltou-se a importância dos partidos políticos no modelo de democracia representativa acolhida pelo modelo constitucional brasileiro e a necessária vinculação dos candidatos às agremiações partidárias que os registraram e que possibilitaram o êxito na campanha eleitoral.

Após salientar o papel dos partidos políticos como canais de expressão e representação das ideologias dos grupos sociais, o Ministro Cezar Peluso pontuou em seu voto:

> Ora, se a indicação do partido sob o qual o candidato concorreu deve constar, necessariamente, do diploma, decerto *o objetivo da norma só pode ser o de atrelar a legenda ao diploma e ao cargo em que o diplomado é investido*. Como a lei não contém palavras inúteis, nem estatuições desnecessárias, a menção obrigatória da legenda do candidato eleito no diploma tem óbvia vocação de reger situação futura, e não passada, a título de mero registro histórico, até porque a mesma informação já consta de proclamações e listagens anteriores. E tal vocação não pode ser outra senão a de vincular o candidato à legenda da qual se valeu para conquistar o cargo.
>
> *Todos esses preceitos infraconstitucionais, mais que revelar a dimensão da primazia do partido político no sistema eleitoral pátrio, descortinam e reafirmam a natureza indissolúvel do vínculo entre o representante e a agremiação específica sob cuja égide se elegeu. (...)*
>
> Essa firme relação lógico-jurídica entre o candidato e o partido, que se não exaure *à* proclamação dos eleitos, deve manter-se enquanto, *rebus sic stantibus*, perdure o mandato partidário assumido pelo representante em função e sob os auspícios do partido a que se filia como depositário de corpo relevante e identificável de ideias, opiniões e pensamentos políticos. (...)
>
> E sob tais fundamentos, respondo à consulta, afirmando que os partidos *e coligações* têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda.
>
> (Grifos nossos.)

Considerando-se que o partido político, de forma isolada ou em coligação, representa o conjunto de opiniões e ideologias compartilhadas por uma parcela da sociedade, um grupo de eleitores, concluiu-se que os candidatos beneficiados pelo quociente partidário de determinada agremiação não pode transferir-se para outro sem que isso importe na perda de legitimidade para o exercício do mandato do parlamentar, por carência de representatividade.

Essa questão foi trazida ao Supremo Tribunal Federal nos MS 26.602, 26.603 e 26.604, impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS), pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e pelos Democratas (DEM), respectivamente.

Na sessão de 4-10-2007, no julgamento conjunto dessas ações, este Supremo Tribunal Federal decidiu:

Ementa: Direito Constitucional e Eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido dos Democratas (DEM) contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Consulta 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária. Efeitos da desfiliação partidária pelo eleito: perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo, Distinção entre sanção por ilícito e sacrifício do direito por prática lícita e juridicamente consequente. Impertinência da invocação do art. 55 da Constituição da República. Direito do impetrante de manter o número de cadeiras obtidas na Câmara dos Deputados nas eleições. Direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie do partido político. Princípio da segurança jurídica e modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial: marco temporal fixado em 27-3-2007. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido. (...) 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe – como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 – a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei 9.096/1995). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante – o eleitor –, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido – o que se estende ao eleitor – pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovimento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido.

(MS 26.604/DF, de minha relatoria, Plenário, *DJE* de 3-10-2008.)

No voto que proferi naquela assentada, ressaltei que:

21. *O regime representativo garante a delegação pelo povo do exercício do poder político, conferindo-se ao representante escolhido, na forma adotada pelo sistema, o desempenho de um mandato*.

É nesse contexto e para viabilizar o exercício do poder estatal que se marca a importância do partido político (...)

22. No sistema que acolhe, como se dá no Brasil, a representação proporcional para a eleição de deputados, *o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político e, portanto, seguidores do programa partidário de sua preferência. Daí se concluir ser o destinatário do voto o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida*.

E o faz supondo que o eleito, vinculado, necessariamente, a determinado partido político, terá no programa e no ideário deste o norte de sua atuação, à qual ele está subordinado por lei (art. 24, da Lei 9.096/1995). Logo, entender que o eleito possa pôr de lado o que suposto pelo mandante – o eleitor – , com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita, sem qualquer compromisso, responsabilidade ou satisfação a ser dada ao eleitor traduz inegável ruptura da equação político-jurídica estabelecida. (...)

23. Todos os fundamentos que se foram firmando na doutrina constitucional brasileira e nas teorias democráticas que guiaram as criações constitucionais contemporâneas foram aproveitadas na conclusão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 1.398, na qual se contém que, no sistema vigente no Brasil, o mandato eletivo pertence ao partido político, "pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF)".

24. O voto do eleitor, que enseja o exercício do mandato, põe-se em perfeita e estrita consonância com o que o quadro normativo determina e garante. No modelo brasileiro, o eleitor escolhe, exclusivamente no quadro que o partido político lhe oferece – em sua lista de candidatos inscritos e registrados – e pelo que ele pode determinar que seja desempenhado, uma vez que a Lei 9.096/1995 estatui que o parlamentar subordina "(...) sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto" (art. 24 da Lei 9.096/1995). O parlamentar mencionado haverá de ser o integrante de bancada de partido político, subentendido que aquele haverá de ser o que o elegeu (...)

Aceitar, portanto, ser do próprio parlamentar o mandato, de modo a permitir que o seu comportamento no sentido da desvinculação a qualquer organização partidária pudesse ser inconsequente, política e juridicamente, seria fazer tábula rasa dos princípios, como o da soberania popular, o da representação mediante a imprescindível e decisiva participação dos partidos políticos, dentre outros, e das regras que ordenam a matéria aqui cuidada. (...)

28. O eleito que, após a eleição, abandona os quadros do partido pelo qual tenha obtido o resultado que o conduziu ao mandato, frustra não apenas o partido, que assim teve o seu capital político-institucional diminuído. (...)

A convenção do partido terá sido frustrada sem reação jurídica possível, como frustrados terão sido os próprios resultados eleitorais. E aí é que me parece mais grave, porque em foco os direitos do eleitor surpreendido em momento pós-voto.

Daí não me parecer juridicamente admissível, no sistema brasileiro, atribuir-se a titularidade do mandato eletivo dos órgãos do Poder Legislativo, em qualquer das entidades governamentais, como sendo do eleito e não do partido político pelo qual tenha ele sido escolhido. Ao partido político representado nas Casas Legislativas, e que marcam a responsabilidade política, por reconhecimento constitucional expresso (por exemplo, no art. 58, da Constituição) há *de ser reconhecida a titularidade do mandato no sistema de representação popular vinculada à lista de candidatos feita pela agremiação e apenas por ela*.

E nem é porque o candidato e, eventualmente, eleito tenha de se vincular ao partido. É que o eleitor tem de fazê-lo impreterivelmente, não podendo escolher quem bem entender ou quem entender de lançar a sua candidatura sem vínculo partidário. Quem prepara as listas das quais constem os nomes que vinculam o voto são os partidos e a eles se haverá de reconhecer a titularidade do mandato.

Mudo, pois, o enfoque que quase sempre é posto nos polos partido-candidato/eleito para a equação que me parece nuclear do sistema partido/eleitor. Porque esse não pode exercer os seus direitos fundamentais fora dos quadros partidários e aquele haverá de responder perante esse porque tal ou qual política, que fazia parte dos seus programas, não foi cumprida nos rigores da exposição feita.

Se o eleitor não é livre para escolher o cidadão que quer ver como seu representante se os partidos não o incluem na lista, também não é solto jurídica e politicamente o eleito que, vinculando-se ao partido pelo qual tenha sido guindado à essa situação vencedora, investe-se no exercício do mandato.

(*DJE* de 3-10-2008.)

Essa decisão apoiou-se na norma constitucional segundo a qual, no sistema eleitoral adotado pelo Brasil, o partido político é o intermediário necessário da vontade popular e os votos conferidos pelo eleitor. Ele apresenta o conjunto de ideias às quais os eleitores aderem e, por ser ele quem escolhe, registra e apresenta a candidatura de seus filiados, a ele vinculados ideologicamente, é para ele que os votos convergem para a formação do quociente partidário e, consequentemente, para a definição do número de vagas por ele obtidas.

Disso decorre ser o partido o titular do mandato parlamentar obtido na disputa eleitoral, razão pela qual o candidato que, por seu intermédio, foi eleito para representar as ideias dos eleitores que nele depositaram seus votos perde o mandato se deixar, sem justa causa, o partido pelo qual se elegeu. Exige-se, pois, fidelidade na relação entre o candidato eleito e seu partido político, que apenas representa a vontade do mandante, o eleitor.

Embora a questão examinada nos precedentes que trataram da infidelidade partidária como causa da perda do mandato parlamentar pareça distinta da que se põe nestes autos, pois lá se cuidava da legitimidade para o exercício do mandato e aqui da sucessão parlamentar, as premissas e a solução ali adotadas podem ser aproveitadas para o deslinde dessa ação e não são conflitantes.

Se o mandato parlamentar pertence ao partido político por ser ele o representante da ideologia compartilhada por parcela do eleitorado; por ser também quem escolhe, em seu quadro de filiados, aqueles que serão apresentados e registrados como candidatos a representar essas ideias no parlamento; e, ainda, por ser

a partir do quociente partidário obtido, o qual se define a quantidade de cadeiras alcançadas, então a mesma solução há de ser adotada em relação às coligações.

Como salientado, a figura jurídica da coligação assume o *status* de um superpartido, que se sobrepõe, durante o processo eleitoral, aos partidos políticos que a integram. A coligação resulta na união de esforços e na combinação de ideologias e projetos, que se fundem na campanha para potencializar a competitividade dos partidos na disputa eleitoral e pode ser, então, considerado uma instituição que representa a conjugação indissociável das agremiações para os específicos efeitos eleitorais, na disputa e nas consequências que a aliança traz.

19. Não se há confundir, contudo, ordem de suplência, definida no ato da diplomação dos candidatos a partir do registro de cada partido ou por coligação, com fidelidade partidária, cuja observância dá-se no estrito âmbito do candidato e do partido ao qual é filiado.

20. Essa questão foi pontuada no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar 2.707/RJ, na qual o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, nos termos do voto do Relator, o Ministro Marcelo Ribeiro, em sentido oposto ao da pretensão do ora impetrante:

> Não tenho dúvida de que, de acordo com o direito posto no Brasil, no caso de vacância do cargo de parlamentar, *seja por qualquer motivo, quem deve assumir o cargo é o primeiro colocado na lista de suplência*.
>
> *A lista de suplentes é feita de acordo com a coligação formada*, sendo que o primeiro suplente pode ser de partido diverso daquele ao qual era filiado o parlamentar que deixou o partido ao tempo da eleição.
>
> O entendimento desta Corte sobre o assunto, todavia, ainda não se encontra sedimentado. No julgamento das Petições 2.754 e 2.755 – DF, *DJ* de 13-6-2008, assim consignei no meu voto: "Observo que, nas hipóteses de falecimento ou mesmo licença de deputado federal, quem assume é o primeiro na ordem de *suplência da coligação, independentemente do partido a que está filiado*. Assim, por exemplo, se um deputado federal do PT, eleito pela coligação PT/PDT, se licenciar, quem assume é o primeiro na lista de suplência da coligação, mesmo que este seja filiado ao PDT.
>
> Esse é o procedimento usado no Brasil e decorre do que dispõe o Código Eleitoral. Com efeito, o art. 109, § 1º, assim dispõe: "Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras: (Redação dada pela Lei 7.454, de 30-12-1985)
>
> *§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada* partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos. (Redação dada pela Lei 7.454, de 30-12-1985.)"
>
> Mais especificamente, o art. 112 da mesma lei dispõe:
>
> > "Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária: (Vide Lei 7.454, de 30-12-1985) I – os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;"
>
> Já o art. *4º da Lei 7*.454, de 30 de dezembro de 1985, deixa claro que a regra do art. 112 do Código Eleitoral se aplica às coligações. Confira-se:
>
> > "Art. 4º A Coligação terá denominação própria, a ela assegurados os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos no que se refere ao processo

> eleitoral, aplicando-lhe, também, a regra do art. 112 da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, quanto à convocação de Suplentes."
>
> Não há a menor dúvida: a ordem de suplência, segundo determina a lei, se faz tendo em vista a votação obtida por cada candidato *dentro da coligação e não no partido*.
>
> Esta é a regra geral de substituição de deputados federais. Não vejo qualquer possibilidade de, sem ofensa à lei, atender ao pedido do Democratas de determinar a perda do mandato do requerido e determinar a posse do suplente eleito pelo então PFL, já que este não é o primeiro suplente. *Fazê-lo seria, além de violar a lei, ignorar a vontade dos eleitores, que deram mais votos aos suplentes mais bem posicionados*. (*DJE* de 17-10-2008 – Grifos nossos.)

21. Tal conclusão vem embasada no art. 4º da Lei 7.454/1985, que, em leitura combinada do art. 56, § 1º, da Constituição da República c/c os arts. 112 e 215 do Código Eleitoral, estabelece:

> Art. 4º A Coligação terá denominação própria, a ela assegurados os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos no que se refere ao processo eleitoral, *aplicando-lhe, também, a regra do art. 112 da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, quanto à convocação de Suplentes*.
>
> Art. 56, § 1º, da Constituição da República: 1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.
>
> Art. 112. Considerar-se-ão *suplentes da representação partidária*:
>
> I – *os mais votados sob a mesma legenda* e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;
>
> Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.
>
> Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, *a indicação da legenda sob a qual concorreu*, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal. (Grifos nossos.)

22. Essa sistemática legal define o ato de diplomação dos candidatos eleitos e dos suplentes, cuja certeza só pode ser judicialmente questionada nos termos e prazos da lei (Cf. art. 14, § 10, da Constituição da República[15]).

Nos termos do art. 215 do Código Eleitoral, o diploma deve indicar a legenda pela qual o candidato concorreu, quer dizer, o partido ou a coligação de partidos.

Importante é enfatizar esse ponto porque do diploma recebido pelos eleitos consta a coligação, em caso de se ter concorrido por uma, sequer se mencionando no documento entregue pela justiça eleitoral qual o partido ao qual se filia o candidato diplomado.

Também deve ser realçado que o suplente também é diplomado (art. 215 da Lei 4.737/1965) e tanto se dá na sequência dos mais votados segundo o partido ou a coligação à qual pertencem.

Tanto significa que, se se concluir que a posse do suplente teria de obedecer o número de votos por partido, haveria que ser refeita toda a diplomação ocorrida

em 2010, porque não se teria como validar diplomas conferidos pela mesma instituição, qual seja, a Justiça Eleitoral com informações diversas.

23. No julgamento do pedido liminar no MS 29.988/DF, cujo objeto é o mesmo do ora examinado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli asseverou que:

> A diplomação é um ato jurídico perfeito. (...) O que sei é que o primeiro suplente foi diplomado em um ato jurídico perfeito com base nos arts. 215 e 112 do Código Eleitoral, que diz: "Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária [e todos nós sabemos que quando há coligação, a ordem passa a ser a da coligação]: I – os mais votados sob a mesma legenda e não os eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos; II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.
> (Notas taquigráficas, sessão de 9-12-2010.)

24. Embora naquela assentada tenha acompanhado o Ministro Relator, Gilmar Mendes, convenci-me de que, pelo que se tem na legislação e na reiterada jurisprudência e práticas da Justiça Eleitoral, a definição do resultado das eleições, no momento em que são diplomados eleitos e suplentes, conforma-se ao cálculo dos quocientes das coligações e dos partidos.

Daí decorre que, mesmo que a coligação desfaça-se ao final do processo eleitoral, e tanto é o que ocorre, os efeitos por ela gerados estendem-se para além do momento eleitoral.

É que o resultado do pleito define uma ordem estrita, conforme as regras do processo eleitoral, a partir do desempenho dessa coligação nas urnas, configurando ato jurídico que perfez a composição proporcional das casas legislativas, a ser observada no transcurso de toda a legislatura em caso de vacância dos cargos.

Ademais, enquanto formalmente constituída, a coligação funciona, sobre todos os aspectos, como uma instituição partidária composta pelos variados partidos que a integram, incorporando, durante o processo eleitoral, todos os atributos das pessoas jurídicas partidárias que a constituem. A essa instituição partidária, assim como a todos os demais, deve-se assegurar a manutenção dos cargos conquistados nas eleições, aí incluídos os que se venham a vagar, na ordem afirmada e proclamada pela Justiça Eleitoral.

Na estrita sistemática do devido processo legal eleitoral, tanto a ordem dos titulares eleitos como a ordem sucessória das suplências são definidas no momento da diplomação.

É o que se extrai do art. 215 e seu parágrafo único do Código Eleitoral, segundo o qual:

> Art. 215. *Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso*.
> Parágrafo único. *Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu*, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.
> (Grifos nossos.)

A jurisprudência assentou que a "legenda", legalmente prevista, não seria apenas o partido. Em caso de coligação essa é que seria indicada no diploma e assim se tem assentado na Justiça Eleitoral, daí o que nos diplomas se contém. Por isso, indicar que, após a diplomação, os candidatos não eleitos nem diplomados por força da sequência apurada em face da coligação pudessem reclamar a sua condição de substituto dos diplomados seria alterar o que se formalizou pela Justiça Eleitoral e em detrimento dos eleitores, cujo número de votos conduziu àquela conclusão formalmente proclamada.

O reconhecimento da coligação como uma instituição partidária, atuando autonomamente no lugar de cada partido no período de sua composição e durante o processo eleitoral, torna-a sujeito de direitos, assegura lógica e harmonia ao sistema de eleições proporcionais, prestigia a soberania popular e, em última instância, propicia a estabilidade das alianças firmadas durante a campanha eleitoral.

Segundo Adriano Soares da Costa[16] "a coligação, após ser celebrada, funcionará como se fosse apenas um partido político, numa integração de forças para a obtenção do mesmo objetivo: a vitória nas urnas e a hegemonia no poder". É efêmera, pois, estende a sua duração, segundo *Coneglian*[17],

> "enquanto ainda existam atos que exigem sua participação" e não, apenas, até a diplomação como querem alguns. Esse mesmo autor chama a atenção dos legisladores para a seguinte situação: "Eleição proporcional: uma coligação de três partidos elege quatro vereadores. *A suplência fica definida no momento da proclamação do resultado*. A partir daí, e durante toda legislatura, se houver qualquer vaga, os suplentes serão chamados naquela ordem estabelecida na eleição. Primeiro raciocínio: imagine-se que um vereador eleito saia do partido que compôs a coligação e ingresse em partido adversário. Se seu lugar ficar vago, vai ser ocupado por um suplente da coligação que elegeu o titular, e não do novo partido deste. Segundo raciocínio: um suplente é convocado, mas se verifica que, depois das eleições, ele saiu do partido pelo qual disputou as eleições e ingresso em partido adversário. Não interessa: seu lugar de suplente é aquele estabelecido na eleição, e a vaga lhe pertence." (Grifos nossos.)

25. Se a definição dos titulares eleitos ocorre no momento da proclamação do resultado, condicionado à conformação das coligações partidárias, a mudança da regra do jogo após as eleições no que respeita aos suplentes desvirtuaria o próprio sentido e a razão de ser das coligações.

26. Seja realçado, ainda uma vez, que tal entendimento não contraria as decisões proferidas por este Supremo Tribunal no julgamento dos MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, este último de minha relatoria, que examinaram o tema da fidelidade partidária.

Como antes anotado, ao contrário, confirmam-se as decisões que assentaram que o mandato pertence ao partido político pelo qual o candidato concorre nas eleições.

Ainda que se tome como inquestionável que a coligação se exaure após as eleições, os efeitos e os resultados por ela alcançados não se acabam com o seu

termo formal. Projetam-se tanto na definição da ordem na ocupação das vagas (titulares e suplentes), definida a partir do quociente da coligação, quanto no próprio exercício dos mandatos, pois os partidos coligados tendem a atuar em conjunto, embora tanto não seja obrigatório nem é o que se põe em causa, por não ser tema de jurisdição.

Os partidos coligados responsabilizam-se pelo que dessa aliança decorre e sinaliza aos eleitores a sua atuação, sendo importante observar que tal responsabilidade é realçada pela perspectiva de que, no futuro, determinado partido poderá ceder o lugar antes ocupado por um de seus filiados a filiado de outro ao qual se coligou na disputa eleitoral.

Se, por um lado, a substituição de um partido coligado por outro poderia conduzir a uma equivocada ideia de fragilização da fidelidade partidária – pois esta se define entre o partido e o respectivo candidato –, por outro, é certo que a seriedade do pacto entre eles firmado lhes acarretará a possibilidade real de distribuição e alternância no exercício dos cargos eletivos.

Princípio da segurança jurídico-eleitoral

27. Não se pode deixar de acentuar, ainda uma vez, que o princípio da segurança jurídica permeia o deslinde da presente causa.

É sobre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da segurança do direito[18] que há de se garantir o cumprimento do princípio do devido processo legal eleitoral, cuja dinâmica fixa os parâmetros para a justa e igualitária competição no jogo político, sem o que as eleições não seriam – como têm de ser – instrumento imprescindível à concretização do Estado Democrático de Direito. O professor José Afonso da Silva ensina que "um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade"[19].

Daí o art. 16 da Constituição da República blindar o processo eleitoral contra alterações legais casuísticas surgidas menos de um ano antes das eleições, no claro intuito de preservar a segurança do direito e, reflexamente, a segurança jurídica *lato sensu* que se "refere, não ao direito objetivo, e sim à proteção dos direitos subjetivos em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos"[20].

Canotilho[21] ressalta que a "segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a

protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobres os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico".

Assim, o princípio da confiança faz com que haja vinculação do que se votou com a representação que por força do voto se segue. As certezas que definem o devido processo eleitoral e, principalmente, as que dele resultam, vinculam-se ao veredicto da soberania popular. Ao votar, o eleitor acata as regras predefinidas na Constituição e na legislação e, assim, exerce o poder político. Daí a gravidade e a sensibilidade da intervenção, ainda que jurídica, em qualquer aspecto dessa situação eleitoral legitimamente constituída.

No decurso do processo eleitoral, iniciado com a escolha dos candidatos[22], em convenção, pelos partidos e registrados em conjunto pelas respectivas coligações, quando for o caso[23], e ultimado *com a diplomação dos seus eleitos*[24], estabelece-se e projeta-se, nos dizeres do Ministro Celso de Mello, "a eficácia permanente dos resultados eleitorais", que "não se confundem com a existência meramente transitória da coligação partidária". Daí concluir Sua Excelência que "a transitoriedade da coligação não se confunde com os efeitos dos atos por ela praticados e dos resultados eleitorais por ela obtidos, que permanecem válidos e eficazes" (MS 30.380-MC/DF, *DJE* de 4-4-2011).

A eficácia e permanência dos vínculos constituídos pela coligação traduzem a segurança jurídica, por cujas regras ela se forma e se desfaz. A segurança jurídica é, assim, garantia de que os atos praticados segundo a lei produzem efeitos futuros segundo o que nela posto e que vigorava ao tempo de sua constituição e para os fins por ela fixados.

O ato jurídico perfeito reveste-se, então, pela máxima da segurança jurídica em sentido estrito que, retomando as palavras de José Afonso da Silva "consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu"[25].

Ao tratar do ato jurídico perfeito, Regina Maria Macedo Nery Ferrari[26] salienta:

> Como se sabe a lei que regula a realização do ato é a do tempo em que se realizou. Portanto, sua validade deve ser apurada em conformidade com a lei que estava em vigor na data em que foi efetuado.

> O § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil reza que: "reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou", e a partir daí produz seus efeitos jurídicos.
>
> Como é possível ver, quando se trata de ato jurídico perfeito se está frente a uma questão puramente formal, ou seja, da realização no campo concreto do conteúdo da norma em vigor no momento de sua realização, de verificar se o ato cumpriu todas as exigências previstas na lei em vigor quando de seu nascimento. Porém, já ponderou Clóvis Beviláqua que "*o direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direito*".
>
> *O ato jurídico perfeito gera o direito adquirido, o direito concreto e subjetivo a exercê-lo ou a desfrutá-lo, na medida em que a não consideração dos formados sob uma norma prejudicaria o interesse de seus titulares e implantaria o caos e a desordem social*. Portanto, quando se fala em direito adquirido é porque decorre, na maior parte das vezes, de um ato jurídico perfeito, que é o que lhe dá embasamento em decorrência de ter sido realizado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (...)
>
> Grosso modo, *o ato jurídico perfeito é o já consumado de acordo com todas as exigências da lei que regia a matéria quando se realizou, e por isso é inalterável arbítrio de outrem*. É aquele que para sua consumação não depende da realização de outros elementos; é, finalmente, o ato acabado, uma vez que o ato jurídico não concluído não conta com o respeito ao império da lei. O direito que o regeu é direito consumado. (Grifos nossos.)

Nessa perspectiva, o que importa é a certeza de que, aperfeiçoada sob a égide do direito positivado, a produção dos efeitos de uma coligação prolonga-se e efetiva-se segundo a lei do tempo na qual se deu, não podendo surpreender quem nela confiou para levar a efeito e acreditar em suas consequências.

Na espécie presente, pode-se constatar a sucessão de três principais atos jurídicos a projetarem efeitos futuros. O primeiro deles: a própria formação da coligação partidária que, embora transitória, define o resultado das eleições, mais especificamente representado pelo número do "quociente da coligação". O segundo: a proclamação dos eleitos segundo a estrita ordem das maiores votações obtidas, o que define quais os titulares e quais os suplentes dos cargos disputados. O terceiro: a diplomação dos eleitos, documento formal expedido pela Justiça Eleitoral, nos termos do art. 215 do Código Eleitoral, que estabelece:

> Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.
>
> Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, *a indicação da legenda sob a qual concorreu*, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal. (Grifos nossos.)

A norma é expressa ao vincular o diplomado à legenda pela qual *concorreu*, ou seja, a parâmetro que precede a eleição. E há de se entender legenda como o partido ou a coligação de partidos que apresentou sua candidatura, nos termos do que assentado pela jurisprudência pacificada.

28. A Justiça Eleitoral vem, reiteradamente, considerando legenda, para os efeitos da legislação eleitoral, a sigla do partido ou da coligação, quando esta for firmada.

Daí porque a lista elaborada pela Justiça Eleitoral faz constar a ordem sucessória dos eleitos e respectiva suplência segundo os candidatos escolhidos pelos partidos (isoladamente) ou pelas coligações. O art. 107 determina o cálculo do quociente partidário para "cada partido *ou coligação* (...), dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos *dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas*, desprezada a fração" (grifos nossos).

O art. 109, § 1º e § 2º, do Código Eleitoral mantém idêntica lógica ao arrolar, expressamente, as coligações (ou os partidos) na distribuição dos "lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários":

> Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:
> I – dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido *ou coligação de Partidos* pelo número de lugares por ele obtido, mais um, *cabendo ao Partido ou coligação* que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;
> II – repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.
> *§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação* for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos.
> § 2º Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.
> (Grifos nossos.)

Essa vinculação conduz à interpretação sistemática do disposto no art. 112 do Código Eleitoral:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da *representação partidária*:
> I – *os mais votados sob a mesma legenda* e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;
> II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.
> (Grifos nossos.)

Aquele dispositivo condiciona o exercício da suplência à respectiva representação partidária do candidato, segundo a ordem dos mais votados sob a legenda, e não eleitos segundo as listas dos *respectivos partidos*. Remete-se à conformação dos partidos (unidos ou separados) pelos quais o candidato concorreu.

29. No plano constitucional, a segurança jurídica garante e resguarda o ato da diplomação como consectário lógico e necessário da soberania popular.

A contar do ato jurídico perfeito da diplomação é que a Constituição define, por exemplo, o prazo decadencial de quinze dias para eventual impugnação do mandato eletivo (§ 10 do art. 14).

A segurança jurídica permite a realização da justiça ao assegurar a própria estabilidade do direito. Daí a necessidade de se garantir a sua eficácia como princípio constitucional, o que conduz à conclusão do presente caso em sentido contrário à pretensão do impetrante.

Da diplomação dos eleitos e de suas formas de impugnação.

30. Sobre a fase processual eleitoral que se encerra com a expedição do diploma, Tito Costa (1996 *apud Ramayana*, 2005, p. 328) destaca:

> Antes da diplomação, a Justiça Eleitoral pratica um ato consistente na proclamação dos eleitos. Trata-se de ato formal a cargo das autoridades referidas no Código Eleitoral, conforme o nível em que se tenha a eleição (...)
>
> A proclamação é um ato que complementa todo o processo eleitoral, mas não comporta qualquer tipo de recurso. Eventuais reclamações contra esse ato só poderão ser apresentadas sob a forma do recurso adequado, ao ensejo da diplomação (...) Não é demais repetir: realizada a proclamação dos eleitos, os inconformados devem aguardar a diplomação contra oferecimento de eventual recurso contra ela.
>
> *A solenidade da proclamação não tem a finalidade constitutiva, mas meramente declaratória*.
>
> (Grifos nossos.)

O resultado final das eleições, proclamado pela Justiça Eleitoral e formalizado pela diplomação, assim como todos os atos que dele decorrem, posse, exercício e, eventualmente, sucessão dos mandatários, deve reproduzir com fidelidade, na perspectiva de segurança jurídica, a manifestação da vontade dos eleitores.

Não se há de relevar que o diploma expedido pela Justiça Eleitoral qualifica o candidato eleito, titular ou suplente, habilitando-o e legitimando-o para o exercício do cargo representativo obtido em razão dos votos que lhe tenham sido atribuídos nas urnas à legenda dos partidos ou da coligação de partidos pelos quais concorreu.

Nesse sentido, sobre o ato formal consubstanciado na diplomação, José Jairo Gomes[27] destaca:

> A diplomação constitui a derradeira fase do processo eleitoral. Nela são sacramentados os resultados das eleições. *Trata-se de ato formal, pelo qual os eleitos são oficialmente credenciados e habilitados a se investirem nos mandados político-eletivos para os quais foram escolhidos*. (...) Realiza-se em sessão especialmente designada, na qual todos os eleitos são individualmente diplomados. *No mesmo ato, são também diplomados suplentes, ainda que não entrem no exercício do mandato*. (...)
>
> *O diploma simboliza a vitória no pleito*. É o título ou certificado oficialmente conferido pela Justiça Eleitoral ao vencedor. *Apresenta caráter meramente declaratório*, pois não constitui a fonte de onde emana o direito de o eleito exercer o mandato político-representativo. Na verdade, *esta fonte não é outra senão a vontade do povo*. *O diploma apenas evidencia que o rito e as formalidades estabelecidas foram atendidos, estando o eleito legitimado ao exercício do poder estatal*.
>
> Entre os dados, desse documento deve constar o nome do candidato, a legenda sobre a qual concorreu, isoladamente ou em coligação, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente.
>
> (Grifos nossos.)

A diplomação certifica o cumprimento do devido processo legal e encerra o processo eleitoral regular. Aperfeiçoa-se por ela o ato jurídico pelo qual a

Justiça Eleitoral declara os titulares e os suplentes habilitados para o exercício do mandato eletivo na ordem afirmada. Daí não se poder invalidar tal ato senão nas formas previstas no ordenamento jurídico vigente, a saber, pelo recurso contra a expedição do diploma e pela ação de impugnação do mandato eletivo[28].

A diplomação define, assim, o quadro da titularidade e da suplência dos cargos eletivos para uma determinada legislatura.

A pretensão de se desconstituir esse ato jurídico perfeito por outra medida judicial que não uma daquelas definidas no sistema processual eleitoral constituiria atentado não apenas ao devido processo, mas também, reflexamente, à soberania popular.

O ato jurídico perfeito da diplomação dos eleitos, declarada na ordem dos candidatos mais votados segundo o quociente partidário da coligação de partidos ou do partido isoladamente, constitui, segundo José Afonso da Silva, direito consumado, "inatingível pela lei nova, não por ser ato perfeito, mas por ser direito mais que adquirido, direito esgotado"[29].

31. De tudo se tem não haver ilegalidade ou abuso de poder no ato da Câmara dos Deputados, pois o provimento parlamentar deu-se com base no que dispõe a legislação e, principalmente, para cumprir determinação da Justiça Eleitoral, que definiu a ordem de suplência a ser aproveitada pela digna Casa parlamentar, segundo o que determinado nas coligações.

Não titulariza o impetrante qualquer direito, menos ainda que pudesse ser considerado dotado da liquidez e certeza, para o qual coubesse o acolhimento da pretensão exposta na presente ação.

32. Pelo exposto, **voto no sentido de denegar a ordem pleiteada, mantendo a sequência de sucessão parlamentar na forma estabelecida no ordenamento jurídico nacional e seguida pela Justiça Eleitoral na expedição dos diplomas dos candidatos eleitos e dos suplentes da coligação, cassando a liminar deferida**.

Julgo prejudicados os agravos regimentais da União e de Carlos Alberto Lopes.

---

[1] "Antes da Lei 5.682, de 21 de julho de 1971 (antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos), já se falava, no Brasil, em alianças partidárias. No art. 101, letra *b*, do Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (nosso primeiro Código Eleitoral) temos referência aos partidos e suas alianças. Também a Lei 48, de 4 de março de 1935, que modificou o CE/1932, dela tratava no art. 167, § 4º. Temo-las, igualmente, no Decreto-Lei 7.586, de 28 de maio de 1945 e nas Instruções (TSE), expedidas em 30 de junho de 1946, cujo art. 8º assim as definia: 'Considera-se aliança de partidos o acordo entre dois ou mais partidos para apresentação à eleição da mesma ou das mesmas candidaturas'" (SILVA, J. N. *As alianças e coligações partidárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 104).

[2] MACHADO, A. A lógica das coligações no Brasil. In: KRAUSE, S.; SCHMITT, R. (Org.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2005. p. 50.

[3] "Art. 105. Nas eleições pelo sistema de representação proporcional não será permitida aliança de partidos."

[4] PORTO, W. C. *Dicionário do voto*. São Paulo: Difel, 1973.
[5] SOUZA, Vivalto Reinaldo *apud* MACHADO, A., op. cit., p. 52.
[6] Consta da norma originária o seguinte: "É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias".
[7 e 8] SILVA, J. N., op. cit., p. 104.
[9] CERQUEIRA, L. P.; PONTES, T. T. *Preleções de direito eleitoral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 375.
[10] Em estudo realizado sobre as eleições para a Câmara dos Deputados entre 1994 a 1998, o resultado do cruzamento de dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral demonstrou que "as legendas tentam, sempre que possível, aliar-se dentro do próprio campo ideológico. As coligações consistentes são maioria – 39,4% do total. As inconsistentes, 27,1%. As mais ou menos consistentes, 19,0%. E as alianças envolvendo legendas de direita, centro e esquerda somam 14,5" (MACHADO, A., op. cit., p. 80).
[11] FERREIRA. P. *Código eleitoral comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 143.
[12] "O sistema proporcional nasceu na Bélgica, em fins do século 19, e as circunstâncias de seu surgimento incluíam a necessidade de favorecer a representação parlamentar da diversidade da sociedade do país, a segmentação étnica e religiosa inclusive. O articulador da fórmula que transforma o voto em mandato – que adiante ganharia o seu nome – foi o advogado Victor D'Hondt. Pela fórmula do voto proporcional, em síntese, cada partido, coligação ou aliança político-eleitoral é representada na casa legislativa respectiva, na proporção dos votos obtidos junto ao eleitorado. Essa fórmula permite a representação parlamentar das minorias, favorece o pluralismo político, estimula a diversidade social e cultural, e é coerente com o propósito de fortalecer as representações partidárias" (Senado Federal, www.senado.gov.br).
[13] MACHADO, A., op. cit., p. 53-54.
[14] Julgada em 2-4-1987.
[15] "O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude."
[16] COSTA. A. S. *apud* SILVA, J. N., op. cit., p. 108.
[17] CONEGLIAN, O. *apud* SILVA, J. N., op. cit., p. 109.
[18] Para José Afonso da Silva, a segurança do direito é a que exige a positividade do direito sendo, "neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo" (SILVA, J. A. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, C. L. A. (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 16).
[19] idem.
[20] ibidem, p. 19.
[21] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 257.
[22] Cf. TSE, Respe 2.289, Rel. Min. Peçanha Martins, sessão de 9-9-2004.
[23] Código Eleitoral, art. 105, § 2º: "Cada Partido indicará em Convenção os seus candidatos e o registro será promovido em conjunto pela Coligação".
[24] Cf. TSE, Respe 4054304, Rel. Min. Arnaldo Versiani, sessão de 30-6-2010.
[25] SILVA, J. A. op. cit., p. 17.
[26] FERRARI, R. M. M. N. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, C. L. A (Org.), op. cit., p. 226-227.
[27] GOMES, J. J. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 415-416.
[28] "Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: I – inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; II – errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; III – erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda; IV – concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997."

"Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

I – especial (...)

II – ordinário:

a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais; b) quando denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança.

§ 1º É de 3 (três) dias o prazo para a interposição do recurso, contado da publicação da decisão nos casos dos n. I, letras *a* e *b* e II, letra *b* e da sessão da diplomação no caso do n. II, letra *a*."

"Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude" (Código Eleitoral).

"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei (...)

(...)

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude" (Constituição da República).

[29] SILVA, J. A., op. cit., p. 21.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, ilustres advogados que assumiram a tribuna, primeiramente, manifestar meu agradecimento pela referência a minha estreia, aqui, no Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, grande parte da matéria, *sub judice*, foi aqui trazida pela Ministra Cármen Lúcia, de sorte que eu vou tentar, de alguma forma, resumir as anotações que procurei realizar, muito embora faça uma análise sobre uma óptica, talvez um pouco diversa, o que vem, exatamente, somar àquilo que aqui já foi exposto.

Então, sob um ângulo prático, procurei ressaltar que a questão *sub judice* se resume na seguinte indagação: investido o parlamentar em qualquer dos cargos relacionados no art. 56, inciso I, da Constituição Federal (ministro de Estado, secretário de Estado, do Distrito Federal ou de prefeitura de capital, ou ainda, de chefe de missão diplomática temporária), de modo a afastar-se do exercício de sua atividade parlamentar, a convocação do respectivo suplente deve observar a ordem dos mais votados da coligação partidária ou a ordem dos mais votados do partido ao qual é filiado o parlamentar afastado? Essa me parece, realmente, a *vexata quaestio*, objeto aqui das nossas ponderações.

Sob o ângulo da legalidade, o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), em sua redação vigente admite, para fins de representação proporcional, a coligação partidária. E aqui, inclusive, estabelece a distinção entre o quociente eleitoral para o partido e o quociente eleitoral para a coligação. E, não é por outra razão que se torna, absolutamente inequívoca – por força do próprio Código Eleitoral – uma equiparação legal entre o partido político e a coligação partidária para fins de determinação da representação proporcional. A lei, no meu modo de ver, é claríssima, inclusive ao determinar que a coligação é de tantos candidatos quanto indicados pelo quociente partidário, ou seja, o cálculo do

quociente partidário leva em consideração a coligação partidária como um todo e não a cada um dos partidos coligados isoladamente – não se há de falar assim de quociente partidário de cada partido coligado.

Aliás, essa é a dicção da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, que traça as normas gerais para as eleições. Procurei retranscrevê-la, mas apenas naquilo que interessa para nós fixarmos essa equiparação legal, e destaquei, no § 1º, a lei estabelece:

> Art. 6º (...)
> § 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

Está dito na lei que traça normas gerais eleitorais.

E no § 4º, para reforçar essa figura singular da coligação que absorve os partidos políticos, como o fenômeno da continência, dispõe:

> § 4º O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação (...)

Então, como se observa, a coligação regularmente constituída substitui-se aos partidos políticos e passa a merecer o mesmo tratamento jurídico, para todos os efeitos concernentes ao processo eleitoral. Assim é que, por disposição expressa, ficam os partidos coligados impedidos de atuar isoladamente, salvo para questionar a validade da coligação.

Confira-se, então, o que enuncia a Lei 7.454, de 30 de dezembro de 1985, em seu art. 4º, *verbis*:

> Art. 4º A Coligação terá denominação própria, a ela assegurados os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos (...)

E faz uma remissão ao art. 112, pois é exatamente o art. 112 do Código Eleitoral que a própria Lei equipara às coligações, dispõe:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:
> I – os mais votados sob a mesma legenda e não os eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;

Então, vejam que a lei destaca a figura da coligação como sendo ela a detentora desses cargos.

E a leitura isolada do art. 112 – evidentemente ela isolada não com essa remissão da Lei 7.454 – poderia conduzir à conclusão de que os suplentes seriam eleitos em cada legenda isoladamente dentro da lista de cada partido, mas essa compreensão não resiste a uma interpretação sistemática das normas legais aplicáveis à espécie acima reproduzidas.

Com efeito, se a coligação assume as prerrogativas e as obrigações dos partidos políticos quanto ao processo eleitoral e funciona perante a Justiça Eleitoral como um só partido e a aplicação do art. 112 do Código Eleitoral às coligações é expressamente determinada pelo art. 4º da Lei 7.454/1985, é forçosa e inarredável a conclusão de que a lista de candidatos da coligação deve ser única, de tal modo que os suplentes serão aqueles mais votados e não eleitos efetivos dessa lista única.

E aí eu cito Renato Ventura Ribeiro (*Lei eleitoral comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 95) para concluir que, com as devidas vênias, desconsiderar o tratamento jurídico textual, conferido às coligações partidárias pela legislação de regência, é ignorar que o legislador estendeu às coligações a sistemática da suplência estabelecida para os partidos políticos.

Assento ainda que seria, quando menos, fracionar esse tratamento jurídico, criando-se duas lógicas distintas e absolutamente inconciliáveis para as eleições, a saber:

1. para os eleitos, a coligação assume o papel de partido político em toda a sua plenitude, de tal modo que serão diplomados os mais votados da coligação como um todo, mesmo que integrante de um partido coligado que, isoladamente, não atingiria o quociente eleitoral;

2. para os suplentes, no entanto, a coligação se torna absolutamente inútil – subvertendo o adágio *acessorium sequitur principale,* a suplência se submeterá à regra inteiramente distinta daquela aplicável aos eleitos e permitirá a um partido que, sozinho, não elegeria seus candidatos, assegurar uma vaga por intermédio de coligação que, posteriormente, poderá desprezar, conforme aqui destacou o eminente Procurador-Geral da República.

Assim sendo, no meu modo de ver, resta indubitável que, no afastamento de parlamentar eleito por coligação partidária, numa das hipóteses do art. 56 da Constituição, deverá ser empossado no cargo eletivo, como suplente, o candidato mais votado na lista da coligação e não do partido a que pertence o parlamentar afastado. Não é por outra razão, e aqui também foi destacado da tribuna, que a Justiça Eleitoral de todo o País vem diplomando como suplentes, há décadas, os mais votados e não eleitos das coligações partidárias.

A controvérsia jurídica examinada nestes autos, portanto, tem solução legal e cristalina. Poder-se-ia, então, apreciar essa legislação sob o ângulo do juízo da sua inconstitucionalidade ou mesmo a interpretação conforme a constituição das normas eleitorais relativas à suplência dos parlamentares afastados. Nesse particular, evidentemente, que na nova interpretação constitucional impõe-se perpassar esse texto pelo tecido normativo da Constituição.

E a disciplina constitucional dos partidos políticos está disposta no art. 17 e seus parágrafos.

Dispõe o art. 17, *caput*:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

Então, a norma constitucional em apreço é consoante com a enunciação dos princípios fundamentais insculpidos no art. 1º da Carta Magna, entre os quais, para o fim deste julgamento, sobrelevam o princípio democrático e o pluralismo político. À noção de democracia, tal como entrevia Rousseau como sendo a soberania popular, que reconhece no povo a fonte de todo o poder político.

Aqui, então, eu cito, nesse mesmo segmento dessa ideia da democracia e da soberania popular, as lições de Cláudio Pereira de Souza Neto (*Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40-44).

Cito a igualdade do Professor Dalmo de Abreu Dallari (*Elementos da teoria geral do Estado.* 18. ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p.128), e acrescento, com relação a esse pluripartidarismo, essa fusão de ideias dos partidos políticos que introjetam na coligação, que numa ambiência política democrática os diversos segmentos sociais são livres e iguais para transmitir suas necessidades e anseios ao Estado e dele esperar a respectiva satisfação. É nesse contexto que se põem o partido político e as coligações, na preciosa e valiosa definição do Professor José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 393).

Ainda sob esse mesmo enfoque dos partidos políticos da coligação partidária com a sua ambivalência política-democrática de ideias e ideais, eu cito uma obra que tem, digamos assim, a sua distinção no cenário internacional constitucional, que é o *Manual de derecho constitucional*. (2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 389), uma obra coletiva onde escreveram Konrad Hesse, Ernst Benda, e, notadamente no caso específico, o professor Dieter Grimm.

É natural que, pela pluralidade de ideias e conceitos e informação e circulação na sociedade, distintos alinhamentos político-ideológicos se estabeleçam, com a formação dos seus respectivos partidos políticos. O multipartidarismo ou pluripartidarismo – ora tomados como termos sinônimos –, é, portanto, decorrência da própria característica plural de uma sociedade como a brasileira, que foi expressamente agasalhado pela Constituição de 1988.

Acrescento ainda que não é suficiente que sejam apenas formalmente admitidos a participação quaisquer agremiações políticas, porque o jogo do poder deve ser organizado sob a perspectiva igualitária subjacente à democracia. Isso já indica que os partidos pequenos que fazem parte da coligação não podem ser tratados distintamente dos partidos majoritários. Em outra palavras, é fundamental, sob o signo da democracia, assegurar participação política das minorias também, e sobretudo do ponto de vista material, criando mecanismos, que é esse mecanismo que estamos agora a debater, que lhes garantam ser ouvidas e atuar concretamente na deliberação da política governamental. Não valeria de nada a coligação se esses membros da coligação não pudessem, *a posteriori*, participar dessa deliberação política governamental.

E aqui eu cito o professor Fernando Barbalho Martins (*Do direito* à *democracia*: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise do sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60), inspirado no escólio de

Ernst-Wolfgang Böckenförde, comentando a questão da igualdade dos direitos de participação.

Assim sendo, torna-se incorreta, mais do que meramente insuficiente, uma compreensão reducionista de que "a democracia é a regra da maioria". Efetivamente não é. A democracia constitucional veda à deliberação majoritária a sumária desconsideração das minorias e, mais além, impõe a participação dos segmentos minoritários, como assenta na sua obra Alain Touraine, (*O que é a democracia*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 29).

Exatamente essa visão é que autoriza a formação de coligações partidárias, instrumentos importantes para garantir a participação dos partidos políticos minoritários. Aqui eu também cito a mesma bibliografia da Ministra Cármen Lúcia, de José Jairo Gomes (*Direito eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 224), ressaltando, ainda, com escopo na visão do Professor Renato Ventura Ribeiro, que a coligação partidária deve ser compreendida como uma ferramenta admitida pela legislação eleitoral, para ampliação das possibilidades de participação dos partidos minoritários, permitindo-lhes driblar os obstáculos econômicos e midiáticos, com vistas ao equilíbrio das forças políticas em contenda.

Saltando um pouco, como antes salientado, a coligação partidária é o meio pelo qual o partido político, de menor expressão, aproveitando-se do quociente partidário obtido pelos partidos coligados conjuntamente considerados, poderá, eventualmente, eleger candidato que, baseado num quociente partidário de sua agremiação política isoladamente considerada, não lograria êxito.

Por essas tantas razões, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos da legislação eleitoral aplicáveis à espécie, nem tampouco na exegese que confere às coligações partidárias – e não aos partidos coligados isoladamente – a vaga decorrente do afastamento de parlamentar para as exercidas funções relacionadas no art. 56, I, da Constituição. Ao revés, é essa a exegese consentânea com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, sobretudo o que diz respeito à preservação dos direitos políticos de participação das correntes minoritárias e com a própria liberdade dos partidos políticos de formar coligações.

Vale dizer, ao criar mecanismos de garantia da representação dos partidos minoritários, por meio das eleições proporcionais, a lei eleitoral efetiva a igualdade material que subjaz à democracia.

Nessa ordem de ideias, a interpretação sistemática da legislação eleitoral que aplica as regras de suplência à coligação como um todo e não aos partidos isoladamente é corolário obrigatório das disposições que asseguram a participação proporcional dos partidos minoritários.

Aqui aplico a *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio,* por isso que, não fosse assim, a outra exegese contrária não perpassaria pelo princípio condutor da razoabilidade, que é aquele que nos leva sempre a concluir da maneira mais justa, numa ponderação de interesses.

Afirmo, ainda, que há um aparente conflito – e a Ministra Cármen Lúcia também citou – entre o partido e a coligação contra a suplência de parlamentar afastado, quando se baseia naqueles precedentes que versaram sobre infidelidade partidária, que não é o caso; aliás, seria uma *contraditio in terminis* falar em coligação partidária e infidelidade partidária. E aqui, naquela oportunidade, ficou assentado que o máximo que se pode extrair daquele julgado é que o mandato não é pessoal, o mandato é do partido, mas o partido pode ceder esse mandato para a coligação. Isso é perfeitamente possível. Contudo, essa situação de agora não tem nenhuma afinidade com esses casos que foram julgados, nos mandados de segurança a que eu aqui me refiro, que foram praticamente julgados por toda a composição hoje aqui presente, e que versaram unicamente sobre a fidelidade partidária.

Agora, sobre o enfoque da fidelidade partidária, paradoxalmente, o que ocorre é exatamente o contrário, porque resumidamente o que digo é que a infidelidade partidária pressupõe um truque, uma fraude contra o partido. Aqui, o partido deliberou se coligar, e o candidato isolado que pretende fazer valer a sua pretensão individual contra a deliberação colegiada do seu partido é que está cometendo uma infidelidade partidária ao pretender algo que não foi ajustado no momento da coligação.

Então, digo:

Não se pode afirmar que o partido político tenha sido prejudicado, por algumas razões. A uma, por uma eventual previsibilidade do fato, como antes comentado. Quer dizer, os próprios partidos estabeleceram essa coligação. A duas, porque eventualmente será de seu interesse, na composição de forças políticas, que um de seus filiados exerça cargo no Poder Executivo de unidade federada. A três, porque, tratando-se de cargos comissionados ou funções temporárias, poderá o parlamentar, em qualquer tempo da legislatura, retomar o exercício de seu mandato parlamentar. E finalmente. A quatro, porque, tratando-se de candidato com votação expressiva, poderá haver contribuído para eleição de outros candidatos do partido, em virtude das peculiaridades do sistema proporcional – nessa hipótese, dependendo da estratégia eleitoral do partido, o candidato eleito, mesmo que não chegue a exercer a atividade parlamentar e permaneça afastado por toda a legislatura, poderá ter cumprido o papel que dele esperava a agremiação política.

Nesse diapasão, a legitimidade dessa deliberação – quer dizer, contrária à coligação que foi travada e que já era preconcebida, da ciência daquele parlamentar – acarretará a ilegitimidade da pretensão de se estabelecer uma ordem de suplência exclusiva de cada partido. Quando a ordem dos eleitos foi adotada considerando a coligação como um todo, mais além, a pretensão em si mesma, também, se afigura espécie de infidelidade partidária. Tão, até mais – digamos assim – ardilosa do que a mudança escancarada da filiação partidária – no meu modo de ver, é pior que sair do partido. Destarte, decidir em erro por uma aplicação descontextualizada da conclusão de que o mandato pertence ao partido, no caso em apreço, e assim conceder a segurança, significaria, *data maxima venia*, fazer tábula rasa da decisão partidária que aprovou a formação da coligação. E,

ao mesmo tempo, vai negar aos partidos políticos a sua autonomia para adotar os critérios de escolha e regime de coligações partidárias consagradas na Constituição Federal. Demais disso, também consideraria – digamos assim – essa deslealdade bifronte, não só em relação ao próprio partido desse candidato, como também, em relação aos partidos coligados que vão ser surpreendidos de forma reflexa. Anoto que na Consulta 1.398 de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu afirmativamente que a manutenção das vagas obtidas pelo sistema proporcional pode ser em favor dos partidos políticos e das coligações. Isso está expresso nessa Consulta 1.398 de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, da lavra do Ministro Eros Grau, que fez remissão ao MS 26.602.

Então, no meu modo de ver, demonstrado está que os casos são completamente diferentes. A infidelidade partidária, dessa questão da aproveitação da suplência pelo integrante da coligação. E assento que essa distinção, ela foi registrada pelos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello em decisões monocráticas, nas quais foram indeferidas as medidas liminares em mandado de segurança similares ao presente. E, aqui, eu cito esses mandados de segurança.

Colho um trecho muito interessante da rede mundial de computadores, de Rodrigo Cordeiro de Souza Rodrigues, exatamente sobre partido e coligações e sucessão dos suplentes, quando afirma o ilustrado autor: a impossibilidade de designação dos suplentes de acordo com a lista de votação das coligações poderá gerar situações iníquas – como aqui ressaltou o eminente Procurador-Geral da República – como, por exemplo, a diplomação, como suplente, de candidato que, apesar de filiado a partido majoritário da coligação, tenha alcançado, pessoalmente, menos votos que um candidato da agremiação minoritária. Isso poderá significar, na prática, a exclusão de partidos de menor porte, cuja votação geral tenha sido pequena, mas cujos candidatos tenham obtido votações pessoais expressivas.

Situação como essa representará a reedição, por via transversa, da "cláusula de barreira", traduzida na possibilidade de se afastar o funcionamento de partido político em virtude do número de votos obtidos, hipótese flagrantemente contrária à liberdade dos partidos consagrados no *caput* do art. 17 da Constituição Federal e rechaçada, à saciedade, com fortíssimos argumentos, como de praxe, pelo Ministro Marco Aurélio, nas ADI 1.351 e 1.354.

Por fim, ressalto que aqui foi muitas vezes utilizado esse argumento de que "(...) a coligação partidária é mera pessoa jurídica *pro tempore"* – entendo que efetivamente o Procurador-Geral da República afastou completamente qualquer sofisma de que se pudesse engendrar em torno dessa afirmação sedutora, transformalmente, que a coligação é uma pessoa *pro tempore* –, "extinguindo-se com o fim das eleições, isto é, com a diplomação dos eleitos (...)".

No meu modo de ver, isso é absolutamente irrelevante para o deslinde desta controvérsia, porque os efeitos da coligação partidária estendem-se no tempo, durante toda a legislatura. Ou seja, os candidatos eleitos da coligação partidária em pleito proporcional são, nos termos do art. 215 do Código Eleitoral, regularmente diplomados após a proclamação do resultado da eleição. Recorde-se aqui

que, para a determinação de quais candidatos da coligação foram eleitos, **o quociente partidário terá sido aplicado para toda a coligação, como se um único partido fosse**. E, com isso, os candidatos eleitos e diplomados poderão, a partir da posse, exercer suas funções parlamentares em sua plenitude ao longo da legislatura; eis um efeito válido da coligação partidária que se estende para além da sua própria existência jurídica.

Indaga-se, então, por que a regra da determinação dos eleitos haverá de ser distinta daquela da determinação dos suplentes? Não há razão suficiente para a distinção.

Descabe, por fim, e que, na realidade, pela eloquência das sustentações, foi aqui assinalado uma visão crítica sobre o sistema proporcional tal como disciplinado porque, evidentemente, não é a sede própria para discutirmos essa temática. São, entretanto, assuntos que hão de merecer o enfrentamento constituinte reformador do legislador infraconstitucional quando a realização da reforma política que se avizinha.

Mas, de qualquer maneira, é muito importante aqui, mais uma vez a citação diminuta do autor também indicado no voto da Excelentíssima Senhora Cármen Lúcia, professor José Jairo Gomes (ob. cit., p. 105), quando assenta:

> Eis aí um dos principais fatores do individualismo que impera na política nacional, pois, em geral, o eleitor acostumou-se a votar em candidatos e não em partidos; a escolher é personalidades, não instituições! Outro grave problema que o sistema político brasileiro enfrenta diz respeito ao excesso de partidos, o que contribui para emperrar ação governamental.
>
> Aliás, essa é a grande objeção que sempre se fez, no mundo todo, ao sistema proporcional.

Mas isso é uma reforma política? – afirmo eu. Conquanto imperiosa, não poderá ser feita por intermédio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a modificação dos sistemas democráticos representativos representa matéria de competência do constituinte reformador.

Por essas razões, egrégio Plenário, e pedindo escusas pelo excesso do prazo, mas, pela emenda regimental, sou o primeiro voto depois da relatoria, gostaria de acompanhar Sua Excelência à altura da profundidade do seu voto, também entendo que o impetrante não tem direito para obter *mandamus* que pleiteia e, por isso, estou sugerindo como proposta de voto que haja denegação da ordem, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a exemplo da eminente Relatora, também penso que no sistema eleitoral proporcional adotado pela nossa Constituição, as coligações são efetivamente uma realidade jurídica que há de ser necessariamente levada em consideração. Não se trata de um arranjo efêmero com consequências jurídicas circunscritas ao pleito eleitoral, ao período eleitoral.

As coligações podem ser efêmeras no que diz respeito à união circunstancial estabelecida entre partidos com o objetivo específico de se apresentarem a determinado certame eleitoral, mas os efeitos desta união perduram pelo menos durante toda a legislatura. É preciso ter sempre em perspectiva também que a existência e possibilidade de formação das coligações para fins eleitorais está expressamente prevista no art. 17 da Constituição, sem falar da Lei das Eleições e do Código Eleitoral e todos os dispositivos que já foram citados aqui no voto da eminente Relatora.

Digo que a Lei Eleitoral, nos seus arts. 105, 107 e 108 e também o 112, citado aqui, disciplina minuciosamente as coligações, estabelecendo que, quando formadas por dois ou mais partidos políticos elas, de certo modo, fazem as vezes do partido político. Noutras palavras, a coligação se sub-roga nos direitos e deveres dos partidos políticos que a compõem. Estes lhe cedem a autonomia que lhes é outorgada pela própria Constituição.

Não é por outra razão que o § 1º do art. 6º da Lei 9.504 dispõe que:

> Art. 6º (...)
> § 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido (...)

É preciso também ter em mente o que dispõe o art. 107 do Código Eleitoral, dispositivo que estabelece o modo de se calcular o quociente eleitoral que, no sistema proporcional, é o critério decisivo a partir do qual se calculam quantas vagas devem ser atribuídas a cada agremiação partidária em cada pleito.

Ora, segundo esses dispositivos, em caso de coligação, não há mais que se falar em partido, pois o quociente eleitoral passa a se referir à coligação.

Portanto, Senhor Presidente, eu estou inteiramente convencido pelo voto da eminente Relatora, que acompanha Sua Excelência, denegando a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O *punctum saliens* da demanda é a questão da ordem de preferência dos suplentes para preenchimento de vaga de deputado ao Congresso Nacional.

A Corte, ao apreciar a liminar no MS 29.988, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, por maioria, em julgamento no qual restei vencido, deferiu a cautelar e assegurou que a vaga de deputado federal que renuncia pertence ao partido e não à coligação. Definiu-se que a vacância deveria ser preenchida pelo primeiro suplente da legenda.

Posteriormente, a questão voltou a ser apreciada monocraticamente pelos eminentes pares, tendo sido proferidas decisões em sentido contrário ao precedente do MS 29.483, ao exemplo das liminares indeferidas pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**, no MS 30.483, e pelo Ministro **Celso de Mello**, no MS 30.380.

Creio, efetivamente, que essa orientação discrepante é a que deve prevalecer neste colegiado.

Não se cuida, e é bom que se faça o registro, de se afrontar um precedente, mas de se reconhecer que suas bases não se mostram suficientemente pacíficas e que, por esse motivo, se deve autorizar o reexame da *quaestio*. Como bem ressaltou o Ministro **Ricardo Lewandowski**, em sua erudita decisão no MS 30.483, quando do *referendum* da liminar no MS 29.988, a tese que prevaleceu esforçou-se em cinco votos contra três, com a ausência de três Ministros do STF. Ter-se-á, agora, a oportunidade de se debater esse importante problema para o sistema político-eleitoral brasileiro com a composição plena deste Pretório Excelso e agora na seara de mérito e não em caráter liminar como o fora antes.

Meu voto é singelo e volta-se à mera aplicação dos dispositivos constitucionais. Entendo que não é o caso de invocar princípios, especialmente os implícitos, mas de, puramente, reconhecer a existência de situação jurídica consolidada, insusceptível de reversão por mudança de entendimento pretoriano *ex post facto*.

O processo sufrágico organizou-se com base em atos administrativos e judiciais praticados no âmbito da Justiça Eleitoral. O suplente foi efetivamente diplomado por aquela Justiça especializada, com base em critérios e quocientes ali fixados. Não pode o Supremo Tribunal Federal reverter esse *status quo*, que se reveste, a depender do tipo de proteção magna incidente, do caráter de **ato jurídico perfeito** ou de **coisa julgada**.

A Resolução TSE 19.319 é uma prova inequívoca desse estado de coisas, porquanto ali se definiu que "ocorrendo vaga, será convocado o suplente, na ordem rigorosa da votação nominal e de acordo com sua classificação (art. 50, parágrafo único, Resolução 13.266/1986), passando a exercer o mandato sob a legenda do Partido no qual estiver filiado, mesmo que com isso seja diminuída a representação de outro, integrante da mesma Coligação, mas respeitado o princípio da votação majoritária e a vontade do eleitor".

O Tribunal Superior Eleitoral e sua respectiva jurisprudência deram guarida e consolidaram posições jurídicas que a autoridade impetrada, neste e em mandados de segurança similares, pode vir, perplexa, a ter de desconstituir.

E essa alteração importou o confronto direto com o art. 4º, *caput*, da Lei 7.454/1985, que estabelece a regra de convocação de suplentes, e que vem sendo empregada há mais de duas décadas no País. É legítimo proceder a essa mudança em detrimento dessa leitura normativa, que permitiu a formação do ato jurídico perfeito em relação a diversos postulantes?

Tenho que a resposta há de ser definitivamente negativa.

As vagas pertencem às coligações eleitorais e hão de ser preenchidas respeitando-se a ordem das listas apresentadas pelo conjunto dos partidos que disputaram o pleito eleitoral.

Aqui me permito fazer algumas considerações.

Tenho analisado o problema das conexões entre o Direito e o processo político. Convenço-me, cada vez mais, da necessidade de o Supremo Tribunal Federal manter-se resguardado em face de questões sensíveis ligadas à formação da vontade popular. Deve-se a Corte restringir a casos de infração de direitos fundamentais, cuja não observância pode solapar a própria estrutura do Estado Democrático. E o presente caso não se conforma a esse padrão. Trata-se de mudança de interpretação jurisprudencial sem qualquer intuito de preservar as esferas jurídicas ligadas à *ultima ratio* da Democracia.

Faço minhas as palavras do Ministro **Ricardo Lewandowski**, quando do julgamento do MS 29.988:

> Não se pode desconstituir aqui, em uma cautelar, uma situação jurídica perfeita, consolidada, que deveria ser previamente desconstituída, porque a diplomação do suplente já foi feita pela Justiça Eleitoral.
>
> Também verifico que a coligação tem todos os ônus, participa da campanha com recursos humanos e materiais, concorre para o quociente eleitoral, consegue diplomar o suplente e, na hora de fazer com que esse suplente tome posse, ela é alijada, com o devido respeito, a pretexto de que a coligação se desfaz terminadas as eleições.
>
> Então penso que realmente é preciso prestigiar a coligação, prestigiar os atos jurídicos perfeitos que resultaram da eleição, ainda que em data posterior a ela.

O STF, neste julgamento, tem a oportunidade de se retirar de um cenário em que a sua presença é dispensável. Recordo-me da advertência de **Lord Delvin** (*Judges and Lawmakers*, *Modern Law Rev*., 39 (1976), p. 10) a respeito dos riscos da produção judicial do Direito e das mudanças de orientação como fatores de instabilidade e de enfraquecimento do processo democrático.

Senhores Ministros, Senhora Relatora, com essas considerações, voto no sentido de se denegar a segurança, revogando-se as liminares anteriormente deferidas e julgando-se prejudicados os agravos internos.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu vou resumir o meu voto e pedir vênia para depois juntá-lo, por escrito, mas apenas, muito rapidamente, vou pontuar algumas questões.

A primeira é registrar e parabenizar a eminente Relatora pelo brilhante voto que Sua Excelência trouxe, também o trabalho dos eminentes advogados de ambos os lados que atuaram neste mandado de segurança, bem como o voto do eminente Ministro Luiz Fux, e dizer que, aqui, nós estamos a julgar, agora, o mérito. Por enquanto, o Tribunal apenas e tão somente estava no juízo provisório da liminar, cujos critérios jurídicos e requisitos são outros que não este do momento atual que estamos passando. Plenamente cabível e possível, portanto,

e normal de se acontecer que algum Ministro desta Corte conceda a liminar e, posteriormente, no mérito, altere aquele entendimento no sentido de vir a proferir um outro entendimento, porque os critérios e os requisitos são outros.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, tenho aqui que a questão é singela e simples, como está no voto da eminente Relatora. Não há ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado. Por que não há? Como já votara no mandado de segurança que cito em meu voto, ao qual já aludiu a eminente Relatora, que gentilmente fez a citação daquele meu voto, é que o presidente da Câmara dos Deputados, assim como os presidentes de Assembleia Legislativa, de Câmara de Vereadores e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, recebe uma lista do Poder Judiciário Eleitoral, e essa lista diz a ordem de sucessão, e essa lista é um ato jurídico perfeito. A Constituição diz, no § 10 do art. 14, a forma de ser impugnada, que é através da ação de impugnação de diploma, ou na forma do que dispõe o Código Eleitoral brasileiro, através do recurso contra expedição de diploma. O mecanismo para se buscar o direito que se pretende com essa impetração, a meu ver, não é esse. Então, não seria o caso, a meu ver, como não o fiz naquele julgamento de 9 de dezembro de 2010, em que restei vencido, não fiz o julgamento do pano de fundo, porque não via o abuso do poder ou a ilegalidade no ato do Presidente da Câmara.

Mas, de qualquer sorte, em meu voto, Senhor Presidente, eu adianto que também não existe o direito líquido e certo, como também o fizeram a eminente Ministra Cármen Lúcia e os eminentes Ministros Luiz Fux e Joaquim Barbosa. Não há o direito líquido e certo, esse direito líquido e certo subverteria a ordem democrática. E já fiz várias manifestações no sentido de que o Poder Judiciário tem que ser extremamente cauteloso com a seara do voto popular. Os limites de intervenção no voto popular, pelo Poder Judiciário, devem ser mínimos e exclusivos quando são afrontados os direitos fundamentais ou os valores descritos no § 9º do art. 14 da Constituição Federal. É este o parâmetro. Nós não temos o poder de intervir na vontade popular.

Lembro-me de que fez parte de uma dada composição do Tribunal Superior Eleitoral o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. Ele era o Corregedor da Justiça Eleitoral. E quem atuava naquela época na Justiça Eleitoral sempre ficava curioso de saber por que Sua Excelência nunca cassava ninguém, sempre era voto vencido quando tinha alguma cassação e nunca cassava nenhum prefeito, nenhum vereador, nenhum parlamentar impugnado. No último dia de sua participação no Tribunal Superior Eleitoral, teve-se, então, a resposta do porquê. Naquela sessão dos cumprimentos, na qual se fez a despedida do colega que deixava a Corte, Sua Excelência, de moto-próprio, disse: eu sei que muitos sempre ficaram curiosos por saber por que aqui atuei sem nunca ter votado pela cassação de algum mandatário diplomado e eleito. E disse Sua Excelência que o fizera porque passara grande parte de sua vida sob a ditadura e defendendo o direito do voto popular e da democracia.

Cito essa passagem que Sua Excelência o Ministro Humberto Gomes teve no Tribunal Superior Eleitoral para ressaltar o que eu tenho dito em outros

pronunciamentos, em outras manifestações, no sentido de atuarmos com bastante responsabilidade quando entramos na seara do voto popular e da legitimidade democrática, até porque a gestão do voto popular pelo Poder Judiciário é algo praticamente exclusivo do Brasil, são poucos os países que têm essa gestão das eleições. O Poder Judiciário Eleitoral no Brasil tem dupla função: é um Poder Judiciário, uma Justiça que cuida dos litígios, mas que, paralelamente, é uma agência que administra as eleições. Na grande parte dos países democráticos, na sua maior parte, quem administra as eleições ou é o Poder Executivo, ou é o Poder Legislativo. Então, nós temos de ter todo o respeito com os poderes democráticos fundados no voto popular ao tratar da legitimidade das eleições e alterar a colocação; a classificação do voto popular é algo que a Constituição delimita.

Eu já tive oportunidade, Senhor Presidente, de votar, no Tribunal Superior Eleitoral, pela não recepção, pela Constituição de 1988, do recurso contra expedição do diploma, porque, a meu ver, a Constituição de 1988 só admitiu uma forma de impugnação ao mandato popular, a prevista no § 10 do art. 14, que é a ação de impugnação do mandato eletivo. Ela pressupõe inclusive o sigilo da ação. São questões sobre as quais devemos refletir e refletir muito.

Senhor Presidente, desenvolvo um voto – do ponto de vista mais teórico, mais aprofundado. Vou, então, ao resumo.

Não vejo direito líquido e certo. O diploma expedido é um ato jurídico que pode ser desfeito, pela via própria prevista na Constituição, no § 10 do art. 14 – ação de impugnação de mandato eletivo. Por sua vez, alterar isso de outra forma que não a prevista na Constituição é subverter o processo democrático e o voto popular. Já foi dito aqui que só faz coligação aquele que quer, só casa com outro partido o partido que quer casar; e tem que ser de mão dupla. O outro também tem que querer casar com o outro partido. E o povo brasileiro – também tenho dito isso reiteradas vezes – é extremamente politizado.

Uma nação, Senhor Presidente, cuja Suprema Corte atua ao vivo para toda sua população, é a prova de que o povo brasileiro é extremamente politizado e é extremamente consciente das suas liberdades e dos seus direitos, basta ver como o Judiciário é acionado. E é bastante acionado exatamente porque o povo brasileiro é cioso e consciente dos seus direitos e vai em busca e luta pelos seus direitos.

Senhor Presidente, nesse sentido, quando se faz uma coligação do partido A com o partido B, muitas vezes o eleitor deixa de votar naquele partido A, que era o seu partido, porque ele não aprova aquela coligação com o partido B, aí ele vota no partido C. As coligações surtem efeito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Espero chegar a esse estágio, em que o eleitor dará importância maior ao partido político.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O eleitor, grande parte das vezes, vota, sim, levando em consideração com quem aquele partido, A, B ou C, está casando. Muitas vezes, desilude-se e deixa de votar naquele partido. O povo é que deve definir e decidir essa ordem de classificação, não a Justiça, não o Poder Judiciário, a não ser que haja um mecanismo próprio da ação de impugnação de

mandado eletivo, que é a única forma prevista na Constituição brasileira para desconstituir um diploma. É isso que diz a Constituição Brasileira no § 10:

> Art. 14 (...)
> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias (...)

Esse prazo é contado de quando?

Diz a Constituição: "(...) quinze dias contados da diplomação."

Essa é a forma de se alterar. O que recebeu aquele que é hoje o primeiro suplente de uma coligação? Recebeu um diploma dizendo que ele é o primeiro suplente. Isso é enviado pela Justiça Eleitoral aos parlamentos de todo o País. Os parlamentos de todo País, com base nessa ordem, chamam o primeiro, o segundo, o terceiro, conforme haja uma vaga, duas vagas ou três vagas. E é nesta ordem que a Justiça, o próprio Judiciário – é verdade, numa função administrativa – enunciou.

Daí, Senhor Presidente, eu aprofundo a minha abordagem com questões relativas ao resultado prático de uma decisão de alterar a ordem. Isso, evidentemente, traz, no mundo político, uma alterabilidade, uma instabilidade extremamente grave, tanto é que os governos de Estado, os prefeitos municipais, que já tinham situações consolidadas, tiveram que reajustar os seus secretários municipais, os seus secretários de Estado, em razão da insegurança que se criou sobre quem assume a suplência, quem assume o mandato numa Câmara de Vereadores, quem assume o mandato de deputado federal ou o estadual numa Assembleia Legislativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ministro Toffoli, permita-me só uma consideração?

É verdade, e essa questão foi posta já anteriormente, quando eu trouxe, inclusive, o pedido de liminar naquela assentada de dezembro; eu chamava a atenção para a mudança ocorrida a partir do entendimento deste Tribunal e também do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao tema da fidelidade partidária, quando se afirmou que o mandato pertencia ao partido.

Na ocasião, também tive a oportunidade de ressaltar que essa linha e essa decisão traduzem uma mudança significativa na nossa sistemática. Não são poucos os políticos militantes que dizem que, pelo menos no contexto da Constituição de 1988, essa revisão da jurisprudência foi a primeira grande reforma política realizada, porque impossibilitou a prática que os espanhóis chamam de "transfuguismo", o denominado troca-troca partidário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O julgamento nesse caso é modelar, talvez um dos mais expressivos do Tribunal na seara política. Isso tem implicações: definir realmente a quem pertence o mandato.

O próprio TSE, numa das suas resoluções, chegou a afirmar, e afirma, que a mudança de partido, no âmbito da coligação, configura também infidelidade partidária para os fins de perda do mandato.

Então, vejam que nós temos situações de difícil conciliação nessa sistemática.

Agora, a partir do magnífico voto da eminente Relatora, e daqueles que me precederam, resulta claro que aqui também nós temos uma temática extremamente sensível de segurança jurídica. A verdade é que se tem praticado o instituto da coligação.

Acho que esse é o momento de reflexão. É por isso que faço essa breve interrupção no seu voto. A pergunta é a seguinte: o Tribunal avançou para discutir, com a seriedade que fez a partir do precedente, inicialmente, do Ministro Marco Aurélio, naquele caso da chamada Cláusula de Barreira (ADI 1.351), quando os *obiter dicta* indicavam que o Tribunal iria rever a jurisprudência quanto à fidelidade partidária?

Parece que aqui estamos diante, na verdade, de uma temática, sem medo de errar, eu diria, que pode traduzir até mesmo numa revisão, numa *mutação constitucional*. É nesse contexto que nós temos, talvez, de ler a realidade da coligação. Porque, de fato, ela se tornou algo de exótico no sistema.

Os estudiosos – depois nós vamos falar sobre isso – que lidam com esse tema, e eu destaco o notável Professor Walter Costa Porto, por exemplo, mostram que esse nosso modelo é muito singular, o modelo de lista aberta. E fica ainda mais singular, tanto que se diz que existiria, em algum momento, mais um país que teria esse modelo, a Finlândia; às vezes se apontam um ou outro, mas com singularidade.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A Alemanha também tem base proporcional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, mas é base proporcional com lista fechada. Estou a dizer o modelo de lista aberta.

Agora, dentro da lista aberta, colocamos a coligação, portanto ampliamos e, num sincretismo, somamos realidades muito diversas, como foi destacado na tribuna.

Nós sabemos – as pesquisas indicam também – que há um grau de conscientização política, mas ninguém consegue acompanhar este modelo, o que se efetiva nas eleições proporcionais. Ninguém consegue. Tanto é que em todas as pesquisas realizadas após dois, três meses, um ano, dois anos das eleições, nas quais se pergunta em quem se votou para deputado federal, há uma certa perplexidade. Agora imaginem como este eleitor vai fazer as conexões das implicações do seu voto nesta salada de letras que são as coligações.

Então, essa é uma ponderação para que a gente faça um julgamento reflexivo aqui, porque não vale a pena apenas chancelar a ideia da coligação, como se nós estivéssemos a tratar de algo normal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Apenas uma indagação que faria a mim mesmo. Será que me lembro, no tocante às eleições, da coligação referente ao partido do candidato em relação ao qual sufraguei o número? Será que parei para perceber a existência de coligação? Por que existe essa figura, como Vossa Excelência

disse, exótica, no cenário nacional? Porque não há, infelizmente, partidos com plataformas definidas, partidos ideologicamente identificáveis. Imaginávamos, no passado, que havia um, mas a realidade acabou demonstrando que não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Então, só queria concluir para clamar um pouco por uma atitude reflexiva em relação a esse tema; uma atitude crítica em relação a esse tema. E se dirá: "Ah, mas nós aqui estamos a defender as minorias." Óbvio que as minorias podem ser defendidas de outra maneira, com a modelagem do próprio sistema eleitoral.

Agora não ignoro – e acho extremamente importante que não ignoremos a realidade em curso, uma realidade histórica –, que há essa prática da coligação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite? Falou em exotismo das coligações. As coligações, no Brasil, são um subproduto do sistema proporcional de votação para os cargos parlamentares – deputados, vereadores –, por quê? Porque o sistema proporcional propicia a formação de alianças, chamadas coligações, como condição para o alcance do quociente eleitoral e, subsequentemente, do quociente partidário. É por isso que a coligação ou as coligações têm expressa previsibilidade constitucional, § 1º do art. 17 da Constituição.

E se elas são episódicas, também não se estranhe. Elas têm a duração da própria eleição. São tão episódicas quanto a eleição para as quais se formaram. Por quê? Porque os partidos são parcelas de opinião pública, são facções. Cada partido é um pedaço de opinião pública do ponto de vista ideológico. Cada partido é expressão do pluralismo político de que trata a Constituição no inciso V do art. 1º. Então, não pode haver coligação permanente. O que se diz que é ponto de fragilidade das coligações, criticando-se as coligações porque elas são efêmeras, ora, elas não podem deixar de ser efêmeras, porque os partidos existem, como parcelas destacadas de opinião pública, para funcionar sozinhos, autonomamente.

Então, eu não vejo esse exotismo na figura da coligação porque ela é um subproduto, exatamente, do regime proporcional de votação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Desculpe, é exótico. E é exótico, exatamente, por isto, porque se se tem um sistema proporcional e a proporcionalidade se faz em relação aos partidos, isso já é um arranjo dentro de um arranjo; Vossa Excelência citou bem o art. 17, § 1º, mas aqui, de novo, nós tivemos um arranjo fruto da emenda da desverticalização, esse acréscimo e a menção às coligações.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Quando a Justiça Eleitoral ou o Judiciário avança sobre a seara da organização política, o Congresso acaba dando uma resposta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, isto é um **diálogo institucional**, faz parte de um processo. Como também esse Tribunal reagiu e fez uma reflexão em relação ao problema da fidelidade partidária, até no contexto de mudanças intensas, quer dizer, a desvalorização completa. Eu lembrava do sistema de partidos políticos, daquela célebre sessão de 1989 e do voto do Ministro Francisco Rezek

em que, acompanhando a maioria que se formou, ele dizia, se referindo, então, ao voto do Ministro Celso de Mello: "talvez o futuro venha a lhe dar razão", como vem a ocorrer, porque depois nós tivemos toda a sorte de *transfuguismo*, inclusive a compra de passes – pelo menos, isso foi imputado, o aluguel de passes, o aluguel de mandato e tudo mais. Veja, foi nesse contexto que o Tribunal fez a revisão de jurisprudência. Claro, isso é um processo de diálogo institucional: veio a interpretação do TSE sobre a verticalização, veio a reação do Congresso contra a desverticalização, e aí então é que vem a menção à coligação. Mas continua a ser um elemento heterodoxo nesse processo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas, eminente Ministro Gilmar, havia no ADCT, já na Constituição originária, no art. 13, § 3º, inciso II, menções a coligações quando se tratou das eleições para o Governo do Estado do Tocantins.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Do Estado do Tocantins, expressamente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas, eu vejo, absolutamente, podemos ter nossas opiniões sobre aquilo que seria melhor ou pior para a Nação – aquilo a que nós temos direito, a nossa opinião pessoal –, mas ao julgar nós temos que estar submetidos à Constituição, e exóticas ou não, gostemos ou não gostemos, as coligações estão previstas na Constituição em dois dispositivos: no provisório, no art. 13, § 3º, inciso II, e no corpo principal, através da emenda 52 no § 1º, do art. 17. Goste-se ou não das coligações, elas têm previsão constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vamos prosseguir nesta discussão, mas eu só gostaria de ressaltar, voltar ao ponto do debate, que é o seguinte: a rigor, desde que nós – esse mesmo argumento valeria para a questão da fidelidade partidária – colocamos em debate a questão da fidelidade partidária, houve, realmente, uma revisão deste contexto normativo em que se insere a discussão. Agora, eu reconheço que toda a sistemática – e daí a necessidade, talvez, de ajuste quanto ao resultado –, eleitoral permite a chancela do modelo de coligação. Agora, dizer que tudo isto guarda relação com o sistema constitucional representativo, aí me parece uma questão digna de dúvida, de reflexão; é esse o ponto para o qual eu gostaria de chamar a atenção, para não sair daqui uma mensagem unânime, unívoca, no sentido de que nós estamos num quadro de normalidade; não, não estamos! Há algo de patológico nas coligações proporcionais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite um aparte? Eu ousaria afirmar que o exotismo das coligações não está nelas mesmas, até porque elas têm assento constitucional, conforme foi ressaltado aqui muito bem por diversos Ministros que me precederam. O exotismo está no fato de que elas não guardam nenhuma coerência ideológica ou programática quando se constituem. Aí é que está o exotismo, a meu ver.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E nós temos poder para glosar isso?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, não podemos, porque nós estamos em face...

O Sr. Ministro Luiz Fux: Pois é, fiz questão de ressaltar no final do voto que muito embora não seja o melhor dos mundos democráticos, nessa sede nós não podemos fazer reforma política.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu não gostaria de interromper esse debate muito profundo, mas eu gostaria de saber o resultado do voto de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Agradeço. Evidentemente refletirei sobre as ponderações aqui feitas, mas, em relação ao debate, gostaria, também, de, nessa oportunidade, dizer que se estivesse aqui na Corte na época daquele julgamento da fidelidade, teria acompanhado o Ministro Eros Grau, porque estaria coerente com o que eu tenho votado aqui, nessa ponderação que temos de fazer em relação à nossa atividade judicante e à atividade democrática dos Poderes Legislativo e Executivo, que são fundados no voto popular. E de voto popular aqui se trata, sobre ordem de classificação. Eu não vejo aqui, mesmo agora, evidentemente, quando já foi formado o julgamento, e a Corte constitucional firmou o julgamento da fidelidade partidária, mas mesmo partindo da concordância com aquela decisão, mesmo sobre a premissa, e muito bem destacou o voto da eminente Ministra Cármen Lúcia e penso que também o Ministro Luiz Fux em seu voto, faz essa distinção, que ela não influencia o caso concreto, por quê? No caso concreto, o próprio partido concordou em atuar com um outro partido em coligação. Então a classificação é dada por um ato de vontade e aqui, muitas vezes, também eu tenho em algumas oportunidades falado da ideia de que nós temos que às vezes retomar algumas lições da teoria geral do direito. Fiquei muito feliz aqui, Ministra Cármen Lúcia, quando Vossa Excelência falou de negócio jurídico, muitas vezes nos esquecemos da Lei de Introdução, da Teoria Geral do Direito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu citei Canotilho...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Porque é exatamente disso que se trata, de um ato de vontade, voluntário e lícito dos partidos, de dizer, não importa a ordem de classificação, pode ser que só um partido eleja e está aproveitando os votos do que ficou suplente ou que ficou na última colocação, porque há uma lógica na colocação da coligação e essa lógica impõe a ordem da vontade popular, pelo sistema proporcional que temos.

Se esse sistema é o melhor do mundo, ou ele é exótico, ou ele é uma jabuticaba que só existe no Brasil, ao julgar uma causa, eu não me vejo com competência de dizer se isso é bom ou ruim, porque está fundado na Constituição brasileira. Posso até opinar, convidado para debater isso no Congresso Nacional. Posso expor o meu ponto de vista pessoal, debater isso numa academia e trocar ideias com setores da sociedade brasileira sobre a melhor forma de organização política do País, mas, aqui, eu estou submetido à Constituição, e a Constituição consagra o sistema proporcional. Consagra as coligações, e os pactos foram feitos sabendo-se que essa era a forma de se proceder quando houvesse a necessidade

de substituição de um titular por um suplente originado de uma votação em coligação – se chama o primeiro suplente independentemente do partido.

Então, Senhor Presidente, eu reafirmo o voto que já proferira naquele julgamento, também naquela oportunidade em sede de cautelar, não era julgamento definitivo. Trago voto por escrito em que chego à mesma conclusão dos votos aqui já proferidos, com a vênia de eventuais futuras divergências, mas sem prejuízo das reflexões a que sempre somos convidados – e o debate do Colegiado impõe isso –, as nossas reflexões sobre as divergências que legitimam e que muitas vezes se projetam para o futuro como uma necessidade de mudança, sem dúvida nenhuma, e são necessárias para também subsidiar – e muitas vezes eu disse isso, por exemplo, no voto proferido naquele caso de investigação de paternidade, do qual o eminente Ministro Luiz Fux pediu vista –, muitas vezes as leis são também construídas em razão dos debates desenvolvidos nesta Corte, e naquela oportunidade eu trouxe uma série de exemplos concretos, tanto de decisões judiciais desta Corte que implicaram leis promulgadas pelo Congresso e sancionadas pelo Poder Executivo. De tal sorte que, realmente, eu levo em plena consideração as reflexões que me foram colocadas pelos apartes dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio – e, historicamente, a exemplo de que eles levaram realmente a uma viragem depois de jurisprudência ou de posições políticas no parlamento –, mas aqui eu não vejo, em razão da segurança jurídica também, como conceder a ordem e, por isso, e com os fundamentos que depois farei juntar no voto escrito, peço vênia às eventuais divergências que venham a se formar para acompanhar os votos já proferidos neste julgamento.

Conheço também do pedido; vejo legitimidade; acompanho, na preliminar, a eminente Relatora e denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, a minha posição é sobejamente conhecida, já foi veiculada em liminares que concedi. Também me pronunciei no mesmo sentido que agora proferiu voto a eminente Ministra Cármen Lúcia, na Sessão de 9-12-2010, quando fui vencido no julgamento do MS 29.988, do Distrito Federal.

Vou ressaltar dois ou três pontos apenas em virtude do adiantado da hora. Sei que temos ainda, pelo menos havia sido convocada, uma sessão administrativa.

No meu voto eu assento o seguinte, Senhor Presidente, eminentes Pares, que diferentemente do que ocorre com o sistema majoritário, em que os parâmetros estão todos praticamente dados e exauridos na Constituição, a Carta Magna, em se tratando do sistema proporcional, remete a sua regulação para a legislação infraconstitucional. É claro que ela estabelece alguns vetores, vários vetores, mas dentro desses vetores dois deles me parecem absolutamente importantes, que são os seguintes: a plena e absoluta autonomia dos partidos políticos para

decidirem sobre as coligações e outros assuntos. Em segundo lugar, o princípio do mais absoluto e restrito respeito à soberania popular.

Já foi dito aqui e enfatizado várias vezes, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Ayres Britto acabaram de dizer isso, as coligações têm previsão constitucional, tanto no art. 13 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como, também, no art. 17, § 1º, da nossa Constituição, em que se consigna, com todas as letras, que a mais ampla e irrestrita autonomia para o estabelecimento de agremiações partidárias. A partir, exatamente, da Emenda 52, que surgiu como uma reação à decisão tomada no TSE. Então, é preciso que se dê realmente consequência a essa previsão constitucional: as coligações existem; há ampla liberdade de formação das coligações; as coligações se formam; por meio delas se estabelece o coeficiente eleitoral e também se estabelece quem é o suplente que assumirá o cargo na hipótese de vacância, na forma prevista na Constituição.

A Justiça Eleitoral estabelece então, proclama esses resultados, diploma os suplentes. É uma situação jurídica absolutamente consolidada, como disse o Ministro Dias Toffoli, há inclusive um direito adquirido por parte dos suplentes à assunção ao cargo na eventual vacância. Isso no tocante aos partidos políticos.

No concernente ao respeito à soberania popular, parece-me que aí é que tocamos em um ponto extremamente sensível. O eminente Procurador-Geral da República, tanto no parecer que exarou no MS 30.260, como agora, da tribuna, observou, a meu ver, com muita pertinência, o seguinte: o reconhecimento da titularidade entre "coligação" sobre a vaga deixada por parlamentar atende melhor dentro do que parece possível no sistema proporcional adotado ao princípio da soberania popular. Isso porque o suplente da lista da coligação que abrange os suplentes de todos os partidos que a integram sempre – importante isso – terá obtido mais votos que aquele da lista de suplência do partido também inserido naquela.

E todos nós, creio eu, recebemos um interessante e instigante estudo da Procuradoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, subscrito pelo eminente Deputado Nelson Marquezelli, que é procurador parlamentar, em que Sua Excelência dá conta das possíveis distorções que podem ocorrer caso se adote a tese do impetrante. Aliás, esse dado já foi trazido pela eminente advogada, que falou em nome da Advocacia-Geral da União, ou seja, caso essa tese prevalecesse, haveria ofensa não apenas ao princípio da razoabilidade, mas como ao princípio da representação popular – e aí há o exemplo que se traz à baila, exatamente no caso da coligação PDT, PT, PSL, PR, PSDC, PSB, PT do B, no Estado do Amazonas – em que se registra que o suplente do partido teve apenas dezessete votos, e que se ele tomasse posse, essa posse se daria em detrimento dos votos atribuídos ao suplente da coligação que teve 69.798. Portanto, seria algo absolutamente irrazoável e ofensivo ao princípio da soberania popular.

O sítio eletrônico da Câmara dos Deputados – faço menção a isto em meu voto – consigna que existem 29 deputados que não têm suplentes do partido. Portanto, se um desses deputados assumisse uma vaga no Executivo, teria que se

convocar novas eleições, eleições essas evidentemente patrocinadas pelos cofres da União. Surgiria, então, de resto, uma situação paradoxal: se a vaga é do partido, só poderia...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro, se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A começar por isso, exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Prevê a Constituição nova eleição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E veja, Vossa Excelência, se a vaga é do partido, essas eleições só poderiam ferir-se com candidatos pertencentes a determinado partido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aí seria uma eleição exótica mesmo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Quer dizer, isso é uma situação absolutamente paradoxal e o povo jamais entenderia essa situação.

Do ponto de vista prático ou pragmático, nós temos o seguinte: já temos uma movimentação muito intensa, e isso preocupa sobremaneira a Justiça Eleitoral, nos 26 Estados brasileiros, no Distrito Federal e nos mais de cinco mil Municípios de todo o País dos "suplentes dos partidos", eu digo suplentes dos partidos entre aspas porque eles não foram diplomados, então não podem nem se autodenominar suplentes, só são suplentes aqueles que foram efetivamente diplomados pela Justiça Eleitoral após a competente prestação de contas. Então, já há uma movimentação em todo o País no sentido de eles assumirem os cargos vagos nos parlamentos, nos três níveis político-administrativos da Federação. Isso, portanto, levaria, a meu ver, a uma verdadeira Babel, que é uma expressão cara ao eminente Ministro Marco Aurélio.

Acompanho, por esses e outros argumentos que elenco no meu voto, inteiramente o voto da Ministra Cármen e também dos Ministros que me precederam para indeferir a ordem nesse mandado de segurança, porque não vejo nenhum direito líquido e certo que possa ser invocado pelo "suplente do partido", e insisto nesse aspecto "suplente", entres aspas, porque ele não é suplente, visto que não foi diplomado pela Justiça Eleitoral.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também fiz umas anotações e espero repassar com brevidade.

A tese da preponderância da coligação sobre o partido, no caso *sub judice*, também entendo que homenageia o protoprincípio, o sumo princípio da soberania popular, manifestada na majoritariedade do voto, sabido que os suplentes, por uma coligação, tem mais votos do que o suplente por um partido.

Vou falar no aspecto formal, desde a primeira discussão da matéria, que também afirmei: "Não é suplente quem quer." É suplente quem foi diplomado, e diplomado pela Justiça Eleitoral, porque o diploma é um título formal, no caso do suplente, que estabelece uma ordem de sucessão, um direito de precedência. E o fato é que a Constituição diz:

> Art. 1º (...)
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Claro que o suplente não é eleito. O suplente não foi eleito, por isso que, alhures, eu afirmei a propósito daquela reivindicação de suplentes de vereadores para se transformarem, por força de emenda constitucional, em vereadores. Eu dizia o seguinte à época: Não existe vereador suplente, não existe essa figura do vereador suplente. Existe a figura do suplente de vereador, que é completamente diferente.

Senhor Presidente, do ângulo da autonomia partidária para compor coligações, há uma previsão constitucional. A Constituição diz, realmente, no § 1º do art. 17, que os partidos políticos, no uso da sua autonomia de vontade, estabelecerão o regime de suas coligações eleitorais. E coligações são associações de caráter político, no caso, ou de político-eleitoral quando elas se fazem para concorrer a uma determinada eleição. Repito, não se estranhe a transitoriedade da coligação a cada eleição, porque é da natureza da coligação a transitoriedade, como é da natureza de cada partido a permanência. Isso decorre do próprio regime jurídico constitucional de cada qual dessas duas figuras. O partido de um lado, a coligação de outro.

No mais, Senhor Presidente, a figura da coligação, volto a dizer, é subproduto de um regime ou de um sistema proporcional de votação. Enquanto houver o regime ou sistema proporcional de votação, haverá um estímulo muito forte para formação de coligações partidárias a cada eleição, porque é o modo pelo qual os partidos encontram um modo facilitado, prático – para não dizer pragmático – de alcançarem o quociente eleitoral.

Por isso que, o mal maior talvez não esteja na coligação, e, sim, nesse regime proporcional, que, em essência, é antidemocrático. Por quê? É antidemocrático porque não prevalece esse elemento conceitual da democracia, que é a majoritariedade, a maioria, a majoritariedade na obtenção dos votos populares.

E a figura dos suplentes também está prevista na Constituição, em pelo menos duas passagens. A Constituição diz:

> § 1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.
> § 2º Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

Com isso, Senhor Presidente, confirmo o voto que proferi na última assentada, subscrevo os fundamentos do voto da eminente Relatora para conhecer da

segurança e denegá-la. Apenas para não perder a oportunidade de um lembrete, faço-o dizendo que é condição do recebimento do diploma de suplente a prestação de contas. E, no caso, se nós fizermos prevalecer a figura do partido sobre a coligação, estaremos investindo nessas vagas, preenchendo essas vagas com candidatos derrotados, não diplomados e que não prestaram contas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Será?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Permite-me...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Será que podemos afirmar isso?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas é o Código Eleitoral quem diz isso, não é?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Permite-me um aparte?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Afirmar que necessariamente estaríamos chegando a esse resultado extravagante?

O Sr. Ministro Ayres Britto: É. Provavelmente, não é? Não farei uma afirmação categórica. Vossa Excelência tem razão. Provavelmente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ministro Ayres Britto, é um aparte bem rápido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois não.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E, se não houve diplomação, como haver o exercício da ação de impugnação do mandato eletivo prevista no § 10 do art. 14?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso. Perfeito.

Agora, para não perder a oportunidade também, termino a minha intervenção, fazendo uma ponderação ao Ministro Toffoli. De fato, concordo que a Justiça, sobretudo a eleitoral, deva intervir menos possível na ordem de eleição dos candidatos. Mas a verdade é que a Constituição como que confronta duas legitimidades. Há um entrechoque de legitimidade: há legitimidade pelo voto, não há dúvida, mas não basta ser eleito, é preciso fazê-lo limpamente, com obediência das regras da competição, com obediência das regras do jogo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Foi por isso, Ministro Ayres Britto, que citei o § 9º do art. 14 da Constituição. Ali estão os parâmetros, e ali é admissível, sim.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso. Perfeito.

O § 9º diz que a ação de impugnação de mandato por fraude, corrupção ou abuso do poder... parece que é econômico.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Econômico e político.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É. Está dito ali.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A citação que fiz do Ministro Humberto Gomes de Barros foi no sentido de exemplificar, não significa que a subscrevo. Delimitei o meu posicionamento – é aquilo que a Constituição permite.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. É como estou dizendo. Há um entrechoque, a cada eleição, de duas legitimidades: a legitimidade do voto, que é material, e a legitimidade da observância das normas, que é uma legitimidade

formal. E no limite prevalece a legitimidade formal ou da observância das normas. É o discurso da Constituição no § 9º do art. 10.

E quanto ao tema da perda do mandato por infidelidade partidária, também há uma intervenção difícil, delicada, complexa, da Justiça, sobretudo da Justiça Eleitoral. Mas o fato aqui, a infidelidade partidária significa que o candidato, arbitrariamente, unilateralmente, sem motivação, se elege por um partido ou por uma coligação e altera o espectro ideológico ressaído, saído da eleição. Porque a cada eleição, há um desenho ideológico que significa uma correlação de forças entre oposição e situação. O eleitor é quem estabelece essa correlação de forças entre oposição e situação. E vem o candidato sozinho, arbitrariamente, unilateralmente, e altera essa composição de forças, e modifica o quadro ideológico saído da pia batismal do voto. Isso provoca no sistema democrático uma disfunção que golpeia de morte o princípio da autenticidade do regime democrático.

Com essas palavras, Senhor Presidente, acompanho a Relatora e peço vênia aos que pensam diferentemente.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

1. Considerações preliminares sobre a questão constitucional debatida

A Ministra Cármen Lúcia traz a julgamento dois mandados de segurança (MS 30.272 e MS 30.260) que discutem se a vaga decorrente de afastamento temporário de parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar licenciado.

O MS 30.260 constitui mandado de segurança preventivo, impetrado por Carlos Victor da Rocha Mendes, o qual busca o reconhecimento do direito de ser convocado, como primeiro suplente do Partido Socialista Brasileiro (PSB), para ocupar a vaga decorrente de eventual licenciamento do Deputado Federal Alexandre Aguiar Cardoso, também filiado ao PSB.

No MS 30.272, o impetrante Humberto Guimarães Souto alega possuir direito, na qualidade de primeiro suplente do Partido Popular Socialista (PPS), de ocupar a vaga decorrente do afastamento do Deputado Federal Alexandre Silveira de Oliveira, também do PPS, para o exercício do cargo de Secretário de Estado Extraordinário de Gestão Metropolitana de Minas Gerais.

Nos referidos mandados de segurança, os impetrantes sustentam que a ordem de suplência a ser observada para o preenchimento de vagas decorrentes de afastamento temporário de parlamentares é aquela que consigna a lista de suplentes do próprio partido político detentor do mandato parlamentar e não da coligação partidária. Mencionam, como apoio de sua tese, o julgamento do MS 29.988, de minha relatoria, no qual o Tribunal, por maioria de votos (julgamento em 9-12-2010), concedeu a medida liminar, afirmando que o preenchimento da

vaga decorrente de renúncia ao mandato parlamentar deveria seguir a ordem de suplência do partido político. O conteúdo daquela decisão pode ser resumido pela seguinte ementa:

> *Liminar em mandado de segurança. Ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Preenchimento de vaga decorrente da renúncia a mandato parlamentar. Partido político. Coligação partidária.* Questão constitucional consistente em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante.
>
> 1. A jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398), como do Supremo Tribunal Federal (Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional também pertence ao partido político.
>
> 2. No que se refere às coligações partidárias, o TSE editou a Resolução 22.580 (Consulta 1.439), a qual dispõe que o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito.
>
> 3. Aplicados para a solução da controvérsia posta no presente mandado de segurança, esses entendimentos também levam à conclusão de que a vaga deixada em razão de renúncia ao mandato pertence ao partido político, mesmo que tal partido a tenha conquistado num regime eleitoral de coligação partidária. Ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica.
>
> 4. Razões resultantes de um juízo sumário da controvérsia, mas que se apresentam suficientes para a concessão da medida liminar. A urgência da pretensão cautelar é evidente, tendo em vista a proximidade do término da legislatura, no dia 31 de janeiro de 2011.
>
> 5. Vencida, neste julgamento da liminar, a tese segundo a qual, de acordo com os arts. 112 e 215 do Código Eleitoral, a diplomação dos eleitos, que fixa a ordem dos suplentes levando em conta aqueles que são pertencentes à coligação partidária, constitui um ato jurídico perfeito e, a menos que seja desconstituído por decisão da Justiça Eleitoral, deve ser cumprido tal como inicialmente formatado.
>
> 6. Liminar deferida, por maioria de votos.

Passo à análise da questão constitucional debatida.

2. Natureza e função dos partidos políticos na democracia

A Constituição de 1988 atribuiu relevo ímpar à participação dos partidos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

Os partidos políticos são, assim, importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral (Cf. GRIMM, Dieter. *Politische Parteien*. In:

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, cit. p. 599 (613)). Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e a sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

Assim, a questão não mais é de saber se eles integram a sociedade ou o Estado, mas em que medida eles estão integrados em um e outro âmbito (Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, cit., p. 599 (613)).

3. O sistema eleitoral proporcional no Brasil

O art. 45 da Constituição brasileira estabelece o sistema proporcional para as eleições dos representantes parlamentares do povo. A legislação brasileira preservou o sistema proporcional de listas abertas e votação nominal, que corresponde à nossa prática desde 1932.

Trata-se de um modelo proporcional peculiar e diferenciado do modelo proporcional tradicional, que se assenta em listas apresentadas pelos partidos políticos. A lista aberta de candidatos existente no Brasil faz com que o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se também fruto do desempenho e do esforço do candidato. Trata-se, como destacado por Scott Mainwaring, de sistema que, com essa característica, somente se desenvolveu no Brasil e na Finlândia (MAINWARING, Scott. Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais. In: *Estudos Eleitorais*, TSE n. 2, maio/ago. 1997, p. 335 (343)). Em verdade, tal como anota Giusti Tavares, semelhante modelo é adotado também no Chile (Cf. TAVARES, Giusti José Antonio. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 126-127).

No sentido da originalidade do sistema, anota Walter Costa Porto que o tema acabou não merecendo estudo adequado por parte dos estudiosos brasileiros, tendo despertado o interesse de pesquisadores estrangeiros, como Jean Blondel. Registrem-se as observações de Walter Costa Porto:

> Tal peculiaridade foi pouco examinada pelos nossos analistas. E foi um estrangeiro que lhe deu atenção: Jean Blondel, nascido em Toulon, França, professor das universidades inglesas de Manchester e Essex, e autor, entre outros livros, de *Introduction to Comparative Government, Thinking Politicaly and Voters*, *Parties and Leaders*. Em introdução a uma pesquisa que realizou, em 1957, no Estado da Paraíba, escreveu Blondel:

> "A lei eleitoral brasileira é original e merece seja descrita minuciosamente. É, com efeito, uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo (...) Quanto aos postos do Executivo... é sempre utilizado o sistema majoritário simples (...) Mas, para a Câmara Federal, para as Câmaras dos Estados e para as Câmaras Municipais, o sistema é muito mais complexo. O princípio de base é que cada eleitor vote somente num candidato, mesmo que a circunscrição comporte vários postos a prover; não se vota nunca por lista. Nisto o sistema é uninominal. No entanto, ao mesmo tempo cada partido apresenta vários candidatos, tantos quantos são os lugares de deputados, em geral, menos se estes são pequenos partidos. De algum modo, os candidatos de um mesmo partido estão relacionados, pois a divisão de cadeiras se faz por representação proporcional, pelo número de votos obtidos por todos os candidatos de um mesmo partido (...) Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: 'Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, que disso aproveite todo o partido. O sistema é, pois, uma forma de voto preferencial, mas condições técnicas são tais que este modo de escrutínio é uma grande melhora sobre o sistema preferencial tal qual existe na França'."
>
> (Cf. PORTO, Walter Costa. Sistema eleitoral brasileiro. Palestra proferida no IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília, 10-11-2006, p. 8-9; Cf. também PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 163 et seq.)

No sistema eleitoral adotado no Brasil, impõe-se precisar (1) *o número de votos válidos*, (2) *o quociente eleitoral*, (3) o *quociente partidário*, (4) *a técnica de distribuição de restos ou sobras* e (5) *o critério a ser adotado na falta de obtenção do quociente eleitoral.*

Os *votos válidos* são os votos conferidos à legenda partidária e ao candidato. Não são computados os votos nulos e os votos em branco.

O *quociente eleitoral,* que traduz o índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas, obtém-se mediante a divisão do número de votos válidos pelos lugares a preencher na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras de Vereadores.

O *quociente partidário* indica o número de vagas alcançado pelos partidos e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido, diretamente, ou a seus candidatos pelo quociente eleitoral, desprezando-se a fração.

A *distribuição de restos ou sobras* decorre do fato de, após a distribuição inicial, haver vagas a serem preenchidas sem que os partidos tenham votos suficientes para atingir o *quociente eleitoral*. Podem-se adotar diferentes critérios, como a *distribuição pela maior sobra* ou *pela maior média* (Cf. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 525). O Código Eleitoral adotou o critério da maior média, estabelecendo que para obtê-la "adiciona-se mais um lugar aos que já foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada

partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devam ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos" (Código Eleitoral, art. 109).

Se nenhum partido atingir o quociente eleitoral, o Código Eleitoral determina que hão de ser considerados eleitos os candidatos mais votados, independentemente de qualquer critério de proporcionalidade (Código Eleitoral, art. 111). A solução parece questionável, como anota José Afonso da Silva, pois a Constituição prescreve, no caso, a adoção do sistema eleitoral proporcional (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 376).

Vê-se, assim, que, também no sistema proporcional, tendo em vista razões de ordem prática, os votos dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral e os votos constantes das sobras podem não ter qualquer aproveitamento, não havendo como conferir-lhes significado quanto ao resultado.

Interessante notar que esse sistema permite que um candidato sem nenhum voto nominal seja eleito. Tal como registra Walter Costa Porto, nas eleições de 2 dezembro de 1945, o Partido Social Democrático apresentou dois candidatos a deputado federal no Território do Acre: Hugo Ribeiro Carneiro e Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho. O primeiro candidato obteve 3.775 votos; o segundo, nenhum voto nominal, pois ficara no Rio de Janeiro. Não obstante, o partido alcançou uma vez o quociente eleitoral e mais uma sobra de 1.077 votos. O critério do "maior número de votos" do partido, em caso de sobra, acabou por conferir mandato a candidato que não obtivera sequer um voto (PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 157).

Mencione-se que pode ocorrer até mesmo que o candidato mais votado no pleito eleitoral não logre obter o assento em razão de a agremiação partidária não ter obtido o quociente eleitoral. Foi o que se verificou em vários casos expressivos, entre os quais se destaca o de Dante de Oliveira, que, candidato pelo PDT a uma vaga para Câmara dos Deputados, pelo Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1990, obteve a maior votação (49.886 votos) e não foi eleito em razão de seu partido não ter obtido quociente. À época, postulou a revisão do resultado com a alegação de que a inclusão dos votos brancos para obtenção do quociente eleitoral revelava-se inconstitucional (Código Eleitoral, art. 106, parágrafo único). O Tribunal Superior Eleitoral rejeitou essa alegação com o argumento de que os votos brancos eram manifestações válidas e somente não seriam computáveis para as eleições majoritárias por força de normas constitucionais expressas (CF, arts. 28, 29, II, e 77, § 2º) (Cf. Recurso Especial – TSE 9.277, Relator Vilas Boas, *DJ* de 23-4-1991.; Cf. sobre o assunto também PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 171-173). Também o recurso extraordinário interposto contra essa decisão não foi acolhido tendo em vista as mesmas razões (RE 140.386, Relator Carlos Velloso, *DJ* de 20-4-2001). O art. 106, parágrafo único, do Código Eleitoral foi revogado pela Lei 9.504/1997 (Cf. Estudos de Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Paulo Bonavides e Tito

Costa. In: *Estudos Eleitorais*, TSE 2, maio/ago. 1997, p. 79-137). Desde então, não se tem mais dúvida de que o voto em branco não deve ser contemplado para os fins de cálculo do quociente eleitoral.

Outra questão relevante coloca-se tendo em vista a cláusula de exclusão contida no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, segundo a qual "só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou coligações que tiverem obtido quociente eleitoral". Explicita-se aqui outra relativização da efetividade do voto, uma vez que somente serão contemplados os votos dos partidos que lograram obter o quociente eleitoral. Nas eleições de 2002, José Carlos Fonseca obteve 92.727 votos para deputado federal no Estado do Espírito Santo. O quociente eleitoral foi de 165.284. A sua coligação obteve 145.271 votos ou 8,78% dos votos conferidos. Preenchidas sete vagas, cuidou-se da distribuição dos restos ou sobras. O Tribunal Regional Eleitoral recusou-se a contemplar a coligação, à qual estava vinculado José Carlos Fonseca, no cálculo das sobras em razão do disposto no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral. Contra essa decisão foi impetrado mandado de segurança, forte no argumento da desproporcionalidade do critério ou da adoção de um critério legal que transmudava o sistema proporcional em sistema majoritário. Enquanto a coligação que obtivera 8,78% dos votos não seria contemplada com um mandato parlamentar, as demais estariam assim representadas:

Coligações	**Votos**	Cadeiras
Coligação Espírito Santo Forte	39.36 %	50 %
Frente Competência para Mudar	12.74 %	10 %
Frente Mudança para Valer	17,37 %	20 %
Frente Trabalhista	21,07	25 %

O TSE rejeitou a ação, assentando-se que a expressão sistema proporcional contida no art. 45 da Constituição encontraria no Código Eleitoral critérios precisos e definidos. A discussão sobre a adequação dos critérios utilizados pelo legislador resvalava para controvérsia de *lege ferenda* sem reflexo no plano da legitimidade da fórmula (Mandado de Segurança TSE 3.109 – ES, Relator: Sálvio de Figueiredo; Cf. também Costa Porto, *A mentirosa urna*, cit., p. 178-181).

O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral foi contestado, a esse respeito, no Tribunal Superior Eleitoral. O MS 3.555, da relatoria do Ministro José Delgado, foi impetrado por ex-deputado ao argumento de que o dispositivo eleitoral instituiu uma cláusula de exclusão e que, portanto, deve ser tido como não recepcionado pela Carta de 1988. O TSE, porém, denegou a segurança.

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADPF 161, Rel. Min. Celso de Mello, na qual se questiona a constitucionalidade do mesmo dispositivo do Código Eleitoral. O Partido Republicano, autor da ação, alega que o referido dispositivo, ao definir o quociente eleitoral como uma verdadeira "cláusula de exclusão", violaria o princípio da igualdade de chances, o pluralismo político, o

princípio do voto como valor igual para todos e o próprio sistema proporcional. Afirma o partido requerente que, como a cláusula de exclusão não faz parte da fórmula da maior média, a distribuição das sobras não dependeria da norma do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral. Uma vez declarada a sua não recepção, permaneceriam as regras do art. 109, incisos I e II, e, dessa forma, na distribuição dos restos ou sobras, os partidos que não lograssem alcançar o quociente eleitoral teriam seus votos divididos por um.

Convém assinalar que o modelo proporcional de listas abertas adotado entre nós contribui acentuadamente para a personalização da eleição, o que faz com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere às candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou de representantes de corporação. Essa personificação do voto acaba por acentuar a dependência do partido e a determinar a sua fragilidade programática.

Assim, esse modelo de listas abertas tem consequência sobre a disciplina interna das legendas, que se tornam, quase inevitavelmente, reféns dos personalismos dos candidatos que as integram. Mainwaring chega a afirmar que vários aspectos da legislação eleitoral brasileira não têm – ou têm pouco – paralelo no mundo, e nenhuma outra democracia dá aos políticos tanta autonomia *vis-à-vis* seus partidos (MAINWARING, Scott. *Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais*, In: Estudos Eleitorais, TSE 2, maio/ago. 1997, p. 335 (337)).

A legislação brasileira chegou a prever a adoção de uma forma peculiar de "cláusula de barreira" ou "de desempenho" – um certo eufemismo – como requisito para o pleno *funcionamento parlamentar* dos partidos políticos. A regra possuía fundamento no art. 17, inciso IV, da Constituição, que assegura aos partidos políticos o funcionamento parlamentar, de acordo com a lei.

O art. 13 da Lei dos Partidos Políticos previa que somente "tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles". Assim, o partido político que não obtivesse tais percentuais de votação não teria direito ao funcionamento parlamentar, o que significaria a não formação de bancadas e de suas lideranças, com todas as repercussões que isso poderia causar, como a não participação em comissões parlamentares e o não exercício de cargos e funções nas Casas Legislativas. Além disso, o partido somente teria direito (a) a receber 1% (um por cento) do Fundo Partidário (art. 41, II); e (b) à realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas dois minutos (art. 48).

Observe-se, nesse ponto, que, diversamente dos modelos adotados no direito comparado – cito, como referência, o sistema alemão – a fórmula adotada pela legislação brasileira restringia o funcionamento parlamentar do partido, mas

não afetava a própria eleição do representante. Não haveria de se cogitar, pois, de repercussão direta sobre os mandatos dos representantes obtidos para a agremiação que não satisfizesse à referida cláusula de funcionamento parlamentar.

Nos termos de disposição transitória (art. 57), essa norma do art. 13 somente entraria em vigor para a legislatura do ano de 2007.

Assim, além de definir as regras e, portanto, os contornos legais do sistema proporcional, fixando o quociente eleitoral e o quociente partidário, o sistema de distribuição de mandatos por restos ou sobras etc., o legislador criou mais essa limitação ao funcionamento da agremiação partidária.

Diante dessa regra, levantou-se questão sobre a possibilidade ou não de a lei estabelecer uma cláusula de barreira que repercutisse sobre o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, tal como o fez o legislador brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADIs 1.351-3 e 1.354-8, propostas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) e outro (PDT) e pelo Partido Social Cristão (PSC), declarou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.096/1995: do art. 13; da expressão "obedecendo aos seguintes critérios" contida no art. 41, assim como dos incisos I e II deste artigo; do art. 48; da expressão "que atenda ao disposto no art. 13" contida no art. 49; e da expressão "no art. 13 ou" contida no inciso II do art. 57. Ademais, decidiu-se que os arts. 56 e 57 devem ser interpretados no sentido de que as normas de transição neles contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal nesse julgamento. Considerou o Tribunal que tais normas violavam o princípio da reserva legal proporcional, da "igualdade de chances", do pluripartidarismo, assim como os direitos de liberdade assegurados às minorias parlamentares.

Na realidade do direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos diretos, não obterá mandato algum, também na eleição para o chamado primeiro voto. Nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido. Todavia, nunca se atribuiu consequência no que concerne àquilo que nós chamamos de "igualdade de oportunidades" ou "igualdade de chances". A legislação alemã tentou estabelecer um limite mais elevado para efetivar o financiamento público das campanhas. Mas a Corte Constitucional entendeu que essa cláusula era sim violadora do princípio da igualdade de oportunidades (*Chancengleicheit*), porque impedia que os partidos políticos com pequena expressão conseguissem um melhor desempenho, tendo em vista que eles não teriam acesso à televisão, muito menos aos recursos públicos. Daí a legislação ter fixado percentual de 0,5% dos votos para o pagamento de indenização pelo desempenho dos partidos nas eleições.

Atualmente, discute-se no Congresso Nacional proposta de **reforma política** que pretende introduzir mudanças radicais em nosso sistema político-eleitoral, consagrando, entre outras medidas, o modelo proporcional de listas fechadas (listas definidas pelos partidos antes das eleições e que não podem ter a ordem de candidatos alterada pelos eleitores) e o financiamento público exclusivo das campanhas.

4. Coligações partidárias nas eleições proporcionais

A formação de *coligações* entre partidos políticos para disputa de eleições é uma das características marcantes do sistema proporcional brasileiro. Conhecidas também como *alianças* eleitorais – termo utilizado pelo Código Eleitoral de 1950 (Lei 1.164/1950) –, as coligações representam o fenômeno da associação de listas partidárias para a disputa eleitoral. As coligações diferenciam-se, assim, das *coalizões* parlamentares, as quais constituem alianças entre partidos, após o pleito eleitoral, para fins de sustentação ou oposição ao governo no decorrer da legislatura.

Inexistentes até 1945, as alianças eleitorais foram muito presentes na política brasileira no período de 1950 a 1964, permitidas pelo Código Eleitoral de 1950. No regime militar, entre 1965 e 1985, as coligações nas eleições proporcionais foram expressamente proibidas pelo Código Eleitoral de 1965 (Lei 4.737/1965). A prática das alianças eleitorais foi retomada apenas em 1985, com o advento da Lei 7.454/1985, que modificou o Código Eleitoral de 1965 e conformou a redação do art. 105, vigente até os dias atuais, nos seguintes termos:

> Art. 105. Fica facultado a 2 (dois) ou mais partidos coligarem-se para o registro de candidatos comuns a Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador.
>
> § 1º A deliberação sobre coligação caberá à Convenção Regional de cada partido, quando se tratar de eleição para a Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativas, e à Convenção Municipal, quando se tratar de eleição para a Câmara de Vereadores, e será aprovada mediante a votação favorável da maioria, presentes 2/3 (dois terços) dos convencionais, estabelecendo-se, na mesma oportunidade, o número de candidatos que caberá a cada partido.
>
> § 2º Cada partido indicará em Convenção os seus candidatos e o registro será promovido em conjunto pela coligação.

Posteriormente, a Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições) trouxe um capítulo inteiro destinado ao tratamento normativo das coligações partidárias nas eleições proporcionais e majoritárias, da seguinte forma:

> Das Coligações
>
> Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.
>
> § 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.
>
> § 1º-A. A denominação da coligação não poderá coincidir, incluir ou fazer referência a nome ou número de candidato, nem conter pedido de voto para partido político. (Incluído pela Lei 12.034, de 2009)
>
> § 2º Na propaganda para eleição majoritária, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram; na

propaganda para eleição proporcional, cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação.

§ 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas:

I – na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante;

II – o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III;

III – os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;

IV – a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até:

a) três delegados perante o Juízo Eleitoral;

b) quatro delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;

c) cinco delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral.

§ 4º O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos. (Incluído pela Lei 12.034, de 2009).

Com o advento da EC 52/2006, as coligações ganharam assento constitucional, especificamente no § 1º do art. 17, o qual possui o seguinte teor:

Art. 17. (...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Referida emenda constitucional, ao garantir uma ampla liberdade aos partidos políticos na composição das coligações, constituiu uma resposta legislativa à posição do Tribunal Superior Eleitoral (CTA 715, de 2002; Resolução 20.993/2002) quanto à necessidade do regime de verticalização das coligações no âmbito nacional.

Essa evolução legislativa e as práticas político-eleitorais em torno das alianças partidárias demonstram que, no Brasil, o regime das coligações assume características muito peculiares, que as tornam especialmente diferenciadas em relação a outros parâmetros do direito comparado. Em verdade, nunca houve qualquer consenso, seja no âmbito acadêmico da ciência política ou mesmo na seara da prática política, em torno da manutenção das coligações eleitorais e de seu real benefício para o pleno desenvolvimento do sistema proporcional.

Em seu conhecido escrito sobre os partidos políticos, Maurice Duverger explicava que, se por um lado, os sistemas eleitorais majoritários favorecem a

formação de alianças entre partidos para fins eleitorais, por outro lado os sistemas de caráter proporcional estimulam a independência total das agremiações na competição eleitoral (DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. Trad. de Julieta Campos e Enrique González Pedrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1957. p. 351, 354).

Não obstante, no Brasil, a configuração peculiar do sistema proporcional acabou fornecendo condições extremamente propícias para a proliferação das coligações, as quais são constituídas estrategicamente para que todos os partidos, grandes e pequenos, possam auferir as maiores vantagens eleitorais possíveis decorrentes desse sistema.

Em 1893, Joaquim Francisco de Assis Brasil, que posteriormente participaria da elaboração do Código de 1932, já afirmava que a construção de um sistema eleitoral proporcional adequado para o Brasil deveria rejeitar a formação de coligações eleitorais. Assis Brasil defendia que uma adequada representação democrática dispensa coligações eleitorais. Dizia então que se tratava de "uma imoralidade reunirem-se indivíduos de credos diversos com o fim de conquistarem o poder, repartindo depois, como cousa vil, o objeto da cobiçada vitória". E, mais a frente, arrematava: "Essas coligações são, em regra, imorais; mas o pior é que elas são negativas no governo, e, por isso, funestas, se chegam a triunfar" (ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco. *Democracia representativa*: do voto e do modo de votar. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 123 et seq).

Em estudo precursor sobre o tema, de 1964, Gláucio Ary Dillon Soares desenvolveu uma "teoria explicativa das alianças e coligações eleitorais", com base em estudos empíricos sobre os pleitos eleitorais dos anos de 1950, 1954 e 1958 (SOARES, Gláucio Ary. *Alianças e coligações eleitorais*: notas para uma teoria. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 17, p. 95-124; 1964). Constatou o autor que, no Brasil, a formação das coligações pelas agremiações políticas segue mais uma estratégia racional de maximização do desempenho eleitoral do que uma conjunção orientada pelas relações de ideologia partidária. Cada partido procede a uma avaliação de suas possibilidades eleitorais seguindo o ponto de vista de uma "economia de esforços", com o propósito de conseguir uma representação maior com o mesmo número de votos. É o que se denominou de "teoria da economia de esforços", que viria a oferecer uma explicação teórica das práticas eleitorais observadas nos pleitos eleitorais ocorridos no período democrático de 1945 a 1964. Assim, o autor pôde afirmar, contundentemente, que "a grande maioria das alianças observáveis na política brasileira são puramente eleitoreiras, sem qualquer conteúdo ideológico" (SOARES, Gláucio Ary. *Alianças e coligações eleitorais*: notas para uma teoria. op. cit., p. 97).

Assim, as coligações no Brasil se aproximam do que Duverger convencionou denominar de "alianças efêmeras". As alianças efêmeras, segundo Duverger, são constituídas com fins estrategicamente eleitoreiros, que se desfazem tão logo se encerram as eleições. Dessa forma, elas de distinguem nitidamente das "alianças duradouras", que conformam verdadeiros "superpartidos" destinados

a exercer posições parlamentares por vários anos (DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. op. cit., p. 349).

Razões de natureza estratégica explicam a proliferação das coligações eleitorais no sistema proporcional brasileiro. As características singulares do sistema proporcional adotado no Brasil, com adoção de quociente eleitoral, listas abertas e distribuição de sobras pela maior média, acabaram contribuindo para esse fenômeno. Como bem asseverou Wanderley Guilherme dos Santos em importante estudo sobre o tema:

> Considerando que o quociente eleitoral era particularmente elevado, sobretudo nos estados de população e eleitorado menores, o método d'Hondt, como aliás ocorre em todo país em que é adotado, converteu-se em poderoso incentivo à constituição de alianças e coligações. Tratava-se apenas de um recurso para, ao reduzir a taxa de desperdício de votos do sistema, fazê-lo em benefício de todos os partidos. É certo que os maiores partidos beneficiavam-se mais do que proporcionalmente, mas o fator mais relevante consistia em que, ao coligarem-se, os pequenos partidos aumentavam suas chances de conseguir lugares na representação, as quais seriam menores, caso concorressem isoladamente. Elevados quocientes eleitorais na maioria dos estados, como percentagem do eleitorado, e fórmula d'Hondt para a distribuição das sobras, juntaram-se para impulsionar as coligações partidárias para fins estritamente eleitorais. O fascínio das coligações explica-se deste modo de forma bastante simples: todos os partidos ganhavam, embora uns mais do que outros, além de praticamente assegurarem aos pequenos partidos uma representação que de outro modo seria extremamente duvidosa de ser obtida. O resultado desse arranjo eleitoral ao longo do tempo, porém, foi extremamente negativo para o sistema partidário. (...) (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Crise e castigo*: partidos e generais na política brasileira. São Paulo: Vértice/Rio de Janeiro: Iuperj, 1987. p. 110-111.)

O fato é que as deficiências do sistema proporcional brasileiro acabam favorecendo a formação de alianças eleitorais entre os diversos partidos políticos, que encontram nessas alianças uma forma de maximizar os ganhos eleitorais.

Em quadro político no qual ocorrem eleições gerais nos âmbitos nacional, estadual, distrital e municipal, os pleitos realizados segundo o sistema majoritário têm forte influência na composição das coligações para a disputa de cargos no sistema proporcional. Por isso, **a formação das coligações tende a ser favorecida num sistema em que as eleições majoritárias e proporcionais acontecem em conjunto**. Isso pode ser explicado, igualmente, pela teoria da economia de esforços, em que cada partido avalia racionalmente os melhores caminhos para a conquista dos cargos políticos, de forma a reduzir os riscos de perda das eleições. No final das contas, todos os partidos, grandes e pequenos, se beneficiam de alguma forma com a formação de alianças eleitorais. Os partidos pequenos encontram nas coligações o único caminho para a conquista de representação política no parlamento. Eles entram na coligação com uma finalidade evidente: alcançar o quociente eleitoral. E os partidos grandes, por outro lado, auferem as vantagens eleitorais desse apoio dos partidos menores, como o maior

tempo de propaganda eleitoral nos meios de comunicação. Não obstante, são os partidos grandes que, nesse sistema, acabam pautando a estratégia política subjacente à composição das coligações para os pleitos majoritários, principalmente nas eleições para os cargos do Poder Executivo. Os partidos pequenos são aceitos na composição de coligações para eleições proporcionais sob a condição de oferecerem apoio aos partidos grandes nas eleições majoritárias.

Assim, a possibilidade de formação, na mesma eleição, de coligações para os pleitos majoritário e proporcional, torna-se fator fundamental dentro das estratégias políticas dos partidos políticos de grande porte. E a legislação brasileira favorece essa formação conjunta de coligações como estratégia dos partidos políticos dominantes. Como visto, o art. 6º da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997), dispõe que "é facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário".

Portanto, muitas vezes, a formação de coligações, em vez de favorecer os partidos pequenos, os quais de outra forma não conseguiriam atingir o quociente eleitoral e conquistar cadeiras no parlamento, acaba criando condições propícias para a proliferação de partidos cuja única finalidade é a participação em coligações para favorecimento de grandes partidos em pleitos majoritários. **É bem provável que estejam equivocados, nesse sentido, aqueles que tratam as coligações no sistema proporcional como uma proteção das minorias políticas. Em verdade, as coligações proporcionais, em vez de funcionarem como um genuíno mecanismo de estratégia racional dos partidos minoritários para alcançar o quociente eleitoral, acabam transformando esses partidos de menor expressão em "legendas de aluguel" para os partidos politicamente dominantes. O resultado é a proliferação dos partidos criados com o único objetivo eleitoreiro de participar de coligações em apoio aos partidos majoritários, sem qualquer ideologia marcante ou conteúdo programático definido.**

O certo é que as coligações partidárias, além de serem o resultado das deficiências do sistema proporcional, tal como conformado no Brasil, também constituem a fonte de diversas incongruências observadas nesse sistema. Na configuração legislativa presente na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997, art. 6º), as coligações funcionam como um "superpartido" com caráter provisório, resultado da reunião de diversos partidos políticos para a disputa eleitoral. A legislação não determina, porém, que a coligação tenha um número específico, que o eleitor possa ter como referência. A coligação, nessa conformação legislativa, torna-se apenas a junção das diversas siglas e legendas dos partidos. E o sistema de listas abertas adotado no sistema proporcional brasileiro também permite que, no caso de coligação, as listas de todos os partidos coligados sejam reunidas em uma grande lista aberta composta de candidatos de todos os partidos. A coligação, nesse aspecto, constitui mais a reunião de diversos candidatos do que uma aliança entre partidos. Nessa configuração, os candidatos unidos em coligação passam a competir entre si para a conquista das cadeiras. Assim, o problema do

personalismo, gerado pelo sistema de listas abertas adotado nas eleições proporcionais no Brasil, é agravado pela existência das coligações partidárias. O resultado conhecido é o enfraquecimento dos partidos políticos.

A combinação de listas abertas (que possibilitam o voto uninominal) e coligações torna-se, assim, um grande problema para a lógica da representação proporcional.

É sabido que o sistema eleitoral proporcional encontra a maior justificativa, entre os seus defensores, no fato de permitir uma representação mais plural. Contrariamente ao sistema majoritário, ele viabiliza que minorias sejam representadas no Parlamento, o que proporcionaria um aumento do índice democrático, por meio da representação efetiva de variadas parcelas populacionais, tendo em vista sua forma de funcionamento baseada no modelo de alcance do quociente eleitoral pelos partidos políticos.

Esse modelo gera a possibilidade de estratégias partidárias que visem a alcançar o quociente eleitoral o máximo de vezes, de forma a garantir o preenchimento do maior número possível de cadeiras no parlamento. Levando-se em conta que sistema eleitoral algum está isento de defeitos e, portanto, é passível de críticas, o sistema proporcional de listas abertas adotado no Brasil traz consigo o inconveniente de permitir o fenômeno da **transferência de votos**.

Na verdade, a transferência de votos é a regra em nosso sistema eleitoral proporcional. Os dados informam que nas eleições gerais de 2006 apenas 32 deputados se elegeram com votos próprios, isto é, alcançaram votação igual ou superior ao quociente eleitoral (cerca de 6,2% do total de cadeiras); nas eleições gerais de 2010 o numero subiu para 35 deputados (cerca de 6,8% do total de cadeiras), sendo certo que em alguns Estados da Federação nenhum candidato alcançou o quociente eleitoral (Dados disponibilizados pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP em <http://www.diap.org.br/index.php/eleicoes-2010/camara-dos-deputados/sao-35-deputados-eleitos-ou-reeleitos-atingem-quociente-eleitoral>. Acesso em 20 de março de 2011).

Em eleições anteriores (veja-se as eleições de 1994, por exemplo), em Estados importantes, como os da região Sudeste, a porcentagem de candidatos eleitos com votos próprios foi ínfima. Em Minas Gerais, dos 53 deputados eleitos, apenas um obteve votação maior ou igual ao quociente eleitoral (1,9%); no Espírito Santo, nenhum candidato superou ou igualou o quociente eleitoral; no Rio de Janeiro, dos 46 deputados federais eleitos naquele ano, apenas três obtiveram votação igual ou superior ao quociente eleitoral (6,5%); e, em São Paulo, dos setenta eleitos, apenas três (4,3%) alcançaram o quociente eleitoral.

Por outro ângulo, se verificarmos, nessa mesma eleição e nesses mesmos Estados, os percentuais de votos nominais derrotados transferidos para outros candidatos, sejam eles do mesmo partido, ou apenas da mesma coligação, teremos o seguinte cenário: em Minas Gerais foram transferidos, dentre os votos nominais derrotados, 94,5%; no Espírito Santo foram transferidos 87,0%; no Rio de janeiro, 88,5%; e em São Paulo, dos votos nominais derrotados, foram

transferidos 87,7% (SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão.* Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 40-41).

Se passarmos à análise dos deputados eleitos por legendas coligadas, dentro do universo dos sete maiores partidos representados na Câmara dos Deputados, conforme as eleições gerais de 1994, teremos o seguinte: dos 107 deputados eleitos pelo PMDB, 82 (76.6%) o foram por legendas coligadas; dos 89 eleitos pelo PFL, todos (100%) fizeram parte de chapas coligadas; dos 62 deputados federais eleitos pelo PSDB, 60 (96,7%) o foram por legendas coligadas; dos 72 eleitos pelo PPB, 68 (94,4%) concorreram por legendas coligadas; dos 50 eleitos pelo PT, todos faziam parte de coligações; dos 34 do PDT, também todos fizeram parte de coligações; e, por fim, dos 26 do PTB, todos concorreram coligadamente (NICOLAU, Jairo. *Banco de indicadores eleitorais.* Rio de Janeiro: IUPERJ, 1998). E a tendência é de que sejam reduzidas cada vez mais as chances de eleição fora de coligações.

A leitura desses dados leva à conclusão de que, **no Brasil, raros são os candidatos que se elegem com votos próprios.** Além disso, a quase totalidade dos votos nominais derrotados (que constituem a grande maioria) são transferidos para outros candidatos. **E o controle dessa transferência é praticamente impossível de se realizar pelo eleitor de forma consequente, tendo em vista que a imensa maioria dos deputados são eleitos por legendas coligadas.** Significa dizer que **a transferência avassaladora de votos não se dá apenas no interior de cada partido, mas também entre os partidos participantes das coligações eleitorais.**

Nesse cenário é que deve ser analisada a presença das coligações. Consoante visto acima, elas atuam de forma a gerar uma maior desproporção no sistema, porque, ao se coligarem, os partidos não abandonam os respectivos números de legenda. Isto é, a coligação reúne os partidos coligados e assume nome próprio, possuindo, pelo menos no que concerne ao processo eleitoral, as prerrogativas e obrigações de um partido político (art. 6º, § 1º e § 2º, da Lei 9.504/1997). **A coligação em si mesma, todavia, não possui um número específico.**

Por não possuírem número ou legenda eleitoral própria, as coligações não podem receber votos diretos. Os votos continuam a ser dados aos partidos e aos candidatos, mesmo quando integrem uma coligação. O fenômeno que surge é o da transferência de votos também entre os partidos participantes de uma mesma coligação, e não apenas entre candidatos de um mesmo partido.

A configuração atual da distribuição de vagas dentro das coligações leva ao paradoxo de criar uma concorrência típica de sistemas eleitorais majoritários no seio de um sistema proporcional.

Isso ocorre em razão de a distribuição de cadeiras no interior das coligações dar prioridade aos candidatos, em desfavor dos partidos políticos. Assim, um partido bastante pequeno pode coligar-se e apresentar um candidato razoavelmente competitivo, de forma que, mesmo não alcançando o quociente

eleitoral, obterá uma cadeira, em razão de a concorrência no interior da coligação ser eminentemente majoritária e baseada nos candidatos (DALMORO, Jefferson e FLEISCHER, David. *Eleição proporcional*: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade – Um estudo sobre as eleições de 1994, 1998 e 2002 para a Câmara dos Deputados. *In:* KRAUSE, S. e SCHMITT, R. (orgs.) *Partidos e Coligações eleitorais no Brasil.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer; São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2005. p. 109).

A transferência de votos entre partidos e candidatos pertencentes a uma mesma coligação agrava a **fragmentação partidária**, proporcionando a eleição de candidatos filiados a legendas inexpressivas, que de outra forma não seriam representadas no Congresso Nacional. Além disso, as coligações, em sua regulamentação atual, geram distância ainda maior entre eleitos e eleitores, em razão, especialmente, da transferência de votos entre partidos, o que implica um **déficit de *accountability*** e, portanto, da possibilidade de efetivação da responsabilização político-democrática.

Esse sistema torna extremamente difícil que o eleitor identifique para quem seu voto foi efetivamente contabilizado, bem como torna improvável que o representante identifique quem são, de fato, os seus eleitores. Nas palavras de Jairo Nicolau:

> A combinação de coligação com a possibilidade de o eleitor votar na legenda, tal como ocorre no Brasil, produz um resultado curioso. Ao votar na legenda, quando o partido de sua preferência está coligado, o eleitor não garante que seu voto ajude a eleger especificamente um nome do seu partido. Na prática, esse voto é contabilizado apenas para definir o total de cadeiras obtido pela coligação.

O fato é que a lista única de candidatos da coligação, ao servir de parâmetro para a distribuição das cadeiras entre os partidos coligados, traz sérios problemas para o regime de coligações no sistema proporcional brasileiro. Não se leva em conta qualquer critério de proporcionalidade com a votação obtida por cada partido e, portanto, **uma vez definida a lista dos eleitos, ela poderá servir de base, inclusive, para a ordem de suplência, em clara violação ao direito fundamental dos partidos políticos aos mandatos conquistados no sistema proporcional**. As lições de Giusti Tavares são enfáticas nesse sentido:

> O que importa reter é que, na prática do sistema eleitoral brasileiro, o voto único em candidatura individual, isto é, a ausência de lista, não só converte o cociente partidário no agregado bizarro das preferências dos eleitores por candidatos individuais – o que ocorre mesmo nos casos em que não há coligação partidária – mas, quando combinado com coligações interpartidárias, faz literalmente desaparecer, nas eleições proporcionais, a própria noção de cociente partidário, substituindo-o pelo cociente da coligação. Nesta alternativa, as cadeiras legislativas da coligação não ocupadas pelos candidatos que lograram o cociente eleitoral não são distribuídas entre os partidos que a compõem em proporção aos votos de cada partido no conjunto dos votos da coligação e, apenas num segundo momento, entre os candidatos do partido segundo a ordem de votação pessoal de cada um. Essas cadeiras nem sequer, rigorosamente, pertencem aos partidos. Pertencem, isso sim, aos candidatos

dos diferentes partidos que integram a coalizão, *com total abstração dos partidos* e segundo a ordem decrescente da votação pessoal de cada candidato, podendo eleger-se o candidato de um partido com os votos de candidatos de outro partido.

Adicionalmente, esse mecanismo tem a propriedade perversa de estimular, senão constranger, os eleitores a votarem – persuadidos com frequência pelos seus próprios partidos, e por considerações de cálculo estratégico – não na legenda, mas apenas no nome de seus candidatos e, mais especificamente, concentrarem os votos nos candidatos ou, quando se trata de partido pequeno, no candidato com maior probabilidade eleitoral.

Uma manifestação corrente do problema da combinação brasileira, nas eleições proporcionais, entre voto uninominal e coligações interpartidárias, consiste em que, instalada a legislatura, há a possibilidade de que o mandato tornado vago seja ocupado por suplente que pertence a partido diferente daquele do titular: esse fenômeno altera arbitrariamente a composição partidária do legislativo, incrementando-lhe se não a fragmentação pelo menos a volatilidade.

Em suma, a combinação entre voto uninominal e coligação partidária em eleições proporcionais altera especialmente a natureza do mandato representativo que, numa democracia moderna e complexa de massas, pertencendo embora *imediatamente* ao parlamentar eleito, pertence *eminentemente* ao partido.

A representação proporcional desestimula e em alguns casos inibe a formação de alianças eleitorais entre partidos e, inversamente, coligações eleitorais não só são desnecessárias, mas não têm sentido em eleições proporcionais. Alianças eleitorais entre partidos são inconsistentes com a representação proporcional porque ela busca a integração e o consenso precisamente por meio da diferenciação, da especificidade e da nitidez na expressão parlamentar de cada um dos partidos, e não de seu sincretismo, de sua confusão, ambiguidade e equivocidade. E são também desnecessárias na representação proporcional porque esta última otimiza as condições para que cada partido concorra sozinho às eleições. Por outro lado, a natureza e o propósito da representação proporcional se realizam através do cociente eleitoral e partidário, ou de seu equivalente funcional (uma série de divisores), que corporificam uma *circunscrição voluntária* unânime, cujos votos, somados, associam-se sem qualquer equívoco ou ambiguidade a um único partido. A prática das alianças compromete a identidade e a integridade do cociente e, por via de consequência, compromete igualmente a correspondência, para cada um dos diferentes partidos, entre a densidade relativa de votos e a densidade relativa de cadeiras legislativas, que constitui o objetivo essencial da representação proporcional. Enfim, alianças eleitorais interpartidárias em eleições legislativas proporcionais obscurecem e, no limite, fazem desaparecer a identidade e o alinhamento dos partidos no parlamento. **Portanto, inconsistente com a lógica da representação proporcional, as coligações interpartidárias eleitorais devem ser proibidas pela legislação em regimes proporcionais.**

(TAVARES, José Antônio Giusti. *Reforma política e retrocesso democrático*: agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998. p. 164-167.)

Os prejuízos à representatividade proporcional causados por essa combinação de listas abertas (voto uninominal) e coligações partidárias poderiam ser amenizados com a adoção de um tipo de **cálculo intracoligação**, pelo qual as cadeiras conquistadas seriam distribuídas proporcionalmente a cada partido conforme a contribuição de cada um em votos para a coligação. Em outros países

que, tal como o Brasil, adotam sistemas proporcionais com listas abertas, como é o caso da Finlândia e da Polônia, esse cálculo intracoligação é adotado, como informa o cientista político Jairo Nicolau:

> Outra singularidade é a formação de uma única lista de candidatos quando diferentes partidos estão coligados. Pelo sistema em vigor no Brasil, os candidatos mais votados, independentemente do partido ao qual pertençam, ocuparão as cadeiras eleitas pela coligação.
>
> Na Polônia e na Finlândia, que também permitem coligações nas eleições parlamentares, os partidos se unem apenas para a distribuição de cadeiras. Como há uma distribuição proporcional das cadeiras da coligação, os nomes mais votados de cada partido (e não da coligação) se elegem.
>
> (NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 57.)

Se o sistema proporcional brasileiro adotasse o critério intracoligação de distribuição proporcional de cadeiras conquistadas por partidos coligados, o mandato representativo poderia ser melhor preservado, na medida em que cada partido político poderia manter seus mandatos conquistados nas eleições proporcionais. A lista de candidatos eleitos levaria em conta a ordem de classificação de cada partido e, dessa forma, na hipótese de mandato vago (por afastamento temporário ou definitivo do parlamentar), este seria preenchido pelo suplente do próprio partido e não da coligação.

De toda forma, não obstante todas as deficiências do sistema proporcional e do regime de coligações nele presente, o fato é que, desde que o Supremo Tribunal Federal afirmou a regra da fidelidade partidária para os mandatos conquistados no sistema proporcional, consignando a noção forte de mandato partidário, a própria existência das coligações passou a se tornar incompatível com o sistema proporcional.

5. A titularidade das vagas decorrentes de infidelidade partidária

Atualmente, não há dúvida de que a titularidade do mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional é do partido político. A jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha) como do Supremo Tribunal Federal (Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604), é firme nesse sentido.

Na Consulta 1.398, o TSE decidiu que, no sistema proporcional (com regras de quociente eleitoral e quociente partidário), o mandato é do partido e a mudança de agremiação, após a diplomação, gera a perda do mandato pelo parlamentar. Posteriormente, o TSE voltou a decidir sobre a questão, reafirmando o posicionamento anterior, no sentido de que "o mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido" (Consulta 1.423, Rel. Min. José Delgado). Assim, e em atenção ao disposto no inciso XVIII do art. 23 do Código Eleitoral e ao julgamento dos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, do Supremo

Tribunal Federal, o TSE editou a Resolução 22.610, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

No que se refere às coligações partidárias, o TSE editou a Resolução 22.580 (Consulta 1.439, Rel. Min. Caputo Bastos, de 30 de agosto de 2007), a qual dispõe o seguinte:

> Consulta. Detentor, Cargo Eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda.
>
> 1. A formação de coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, *caput*, da Lei 9.504/97, tendo sua existência caráter temporário e restrito ao processo eleitoral.
>
> 2. Conforme já assentado pelo Tribunal, o mandato pertence ao partido e, em tese, **estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito.**
>
> Consulta respondida negativamente.

Com efeito, esse posicionamento do TSE leva em conta o fato de as coligações partidárias constituírem pessoas jurídicas *pro tempore*, cuja formação e existência ocorrem apenas em razão de determinada eleição, desfazendo-se logo que encerrado o pleito. Assim sendo, a pessoa jurídica da coligação partidária não se confunde com as pessoas jurídicas dos partidos que a compõem.

Tais entendimentos nada mais são do que a aplicação da tese jurisprudencial construída pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604 (julgado em 4-10-2007), os famosos casos que versaram o tema da fidelidade partidária. Como é amplamente conhecido, nos referidos julgados o STF fixou a tese segundo a qual o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político.

Destarte, como explanei em meu voto naquela ocasião, no sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil os partidos políticos detêm um *monopólio absoluto* das candidaturas (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 388). A filiação partidária, no sistema político delineado na Constituição, é uma condição de elegibilidade, como prescreve o art. 14, § 3º, inciso V. Nesse sentido, o art. 87 do Código Eleitoral é enfático ao determinar que "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos". E a Lei 9.096/1995, em seu art. 18, dispõe que "para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos 1 (um) ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais".

Assim, se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato. Ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado**,** o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato.

Há, portanto, um direito fundamental dos partidos políticos à manutenção dos mandatos eletivos conquistados nas eleições proporcionais. Trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição (art. 5º, § 2º).

Ressalte-se, nesse contexto, que a presença dos partidos políticos num regime democrático modifica a própria concepção que se tem de democracia. Essas são as clássicas lições de Maurice Duverger:

> É a seguinte definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por intermédio de eleições honestas e livres. Sobre esse mecanismo de escolha, os juristas, após os filósofos do século XVIII, desenvolveram uma teoria de representação, o eleitor, dando ao eleito mandato para falar e agir em seu nome, dessa maneira, o Parlamento, mandatário da nação, exprime a soberania nacional. O fato da eleição, assim como a doutrina da representação, foram profundamente transformados pelo desenvolvimento dos partidos. Não se trata doravante de um diálogo entre eleitor e eleito, Nação e Parlamento: um terceiro se introduziu entre eles, que modifica, radicalmente, a natureza de suas relações. Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha. A coisa é visível nos regimes de partido único em que um só candidato se propõe à aceitação popular. Por ser mais dissimulada, não é menos real nos regimes pluralistas: eleitor pode escolher entre muitos candidatos, mas cada um destes é designado por um partido. Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores. A importância de cada um varia segundo o país; no conjunto, o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral.
> (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 387-388.)

No regime de *democracia partidária*, portanto, os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos. A representação é ao mesmo tempo popular e partidária. E, como ensinou Duverger, "o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral". Nesse contexto, o certo é que os candidatos, eles mesmos, não seriam os únicos detentores dos mandatos.

Os mandatos pertenceriam, assim, aos partidos políticos. As vagas conquistadas no sistema eleitoral proporcional pertenceriam às legendas. Esta é uma regra que parece decorrer da própria lógica do regime de democracia representativa e partidária vigente em nosso país.

Isso não implica a adoção de uma concepção de *mandato imperativo* ou de *mandato vinculado*. A democracia representativa no Brasil pressupõe a figura do *mandato representativo*, segundo o qual o representante não fica vinculado aos seus representados. O mandato representativo não pode ser revogado pelos eleitores, nem pelos partidos. O mandato representativo é mandato livre.

Mas a democracia partidária e o papel centralizador das candidaturas que detêm os partidos nesse regime são perfeitamente compatíveis com a ideia de mandato livre. Nos diversos modelos político-eleitorais, nunca se cogitou de que

nos sistemas proporcionais o monopólio das candidaturas pertencente aos partidos políticos fosse inconciliável com a concepção genuína do mandato representativo.

Em verdade, nas modernas democracias representativas, tem-se uma nova concepção de mandato partidário, a partir de elementos dos modelos de mandato representativo e mandato imperativo.

A manutenção das vagas conquistadas no sistema proporcional, portanto, constitui um direito dos partidos políticos.

O Supremo Tribunal Federal tem mantido firmemente tais entendimentos. No recente julgamento do MS 27.938, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (julgado em 11-3-2010), o conhecido caso do ex-Deputado Federal Clodovil Hernandez, a Corte deixou consignado que o reconhecimento da justa causa, para que um determinado mandatário possa trocar de partido político, tem o condão de afastar apenas a pecha da infidelidade partidária e permitir a continuidade do exercício do mandato, mas não transfere ao novo partido o direito à manutenção da vaga. Naquele caso, o Deputado Federal Clodovil Hernandez havia modificado sua filiação do Partido Trabalhista Cristão (PTC) para o Partido da República (PR), com o reconhecimento da justa causa pelo Tribunal Superior Eleitoral, afastada, portanto, a infidelidade partidária. Na ocasião do falecimento de Clodovil Hernandez, o Partido da República requereu o direito à manutenção de sua vaga, o que foi indeferido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, que acabou dando posse ao primeiro suplente do PTC. O PR então impetrou o referido mandado de segurança, o qual foi denegado pelo STF, com fundamento na jurisprudência fixada nos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604. Ficou consignado no voto do Ministro Relator que "a justa causa para a desfiliação permite que o mandato continue a ser exercido, mas não garante ao candidato, por mais famoso que ele seja, carregar ao novo partido relação que foi aferida no momento da eleição".

Esta Corte, como se vê, tem mantido firme seu entendimento no sentido de que o mandato parlamentar pertence ao partido político.

Nesse quadro, não seria demais vislumbrar que, a partir do momento em que o STF passou a afirmar esse entendimento, iniciou-se um *processo de inconstitucionalização* do regime de coligações partidárias, tal como conformado atualmente pela legislação eleitoral para funcionar no sistema proporcional. A combinação de coligações com listas abertas no sistema proporcional tornou-se incompatível com a noção forte de mandato partidário afirmada pelo STF. O problema gerado com a dúvida sobre a ordem de suplência – se da coligação ou do partido – é uma decorrência e ao mesmo tempo uma comprovação de que está em curso um processo de inconstitucionalização do regime legal de coligações com listas abertas adotado no sistema proporcional brasileiro.

6. A norma "ainda constitucional"

O fato é que o atual regime legal de coligações nas eleições proporcionais tornou-se incompatível com a noção forte de mandato partidário no sistema

proporcional. O preenchimento das vagas parlamentares de acordo com a lista de eleitos que leva em conta a ordem dos candidatos da coligação e não de cada partido político – o que decorre da combinação de lista aberta (voto uninominal) com o regime de coligações proporcionais – é inconciliável com o valor da fidelidade partidária e com a ideia de que, na democracia representativa, o mandato pertence ao partido político.

As coligações partidárias apenas se tornariam adequadas no âmbito do sistema proporcional brasileiro se este passasse por algumas reformas, como, por exemplo, a instituição do **cálculo intracoligação**, que permite a distribuição proporcional das cadeiras de acordo com a contribuição de cada partido em votos para a coligação. Solução também adequada seria fixar a necessidade de que **cada coligação tivesse um número específico** e pudesse formar uma verdadeira **federação de partidos**.

Solução alternativa, e mais drástica, seria **proibir as coligações partidárias para as eleições proporcionais**.

Frise-se que o Congresso Nacional, em pelo menos três oportunidades, demonstrou estar de acordo com esse diagnóstico. O Senado Federal aprovou, em 1998, o relatório final da reforma Política do Senador Sérgio Machado (PMDB/CE), o qual determinava o fim das coligações para as eleições proporcionais, além de outras medidas como a adoção do voto misto (distrital e proporcional). Em 2004, a Câmara dos Deputados aprovou, sob a relatoria do Deputado Ronaldo Caiado (PFL/GO), o fim das Coligações e a criação da figura das Federações Partidárias, que deveriam substituir as coligações para os pleitos proporcionais, e cujas existências deveriam durar pelo menos três anos após a data das eleições, ingressando, portanto, o período das atividades legislativas. Note-se que as Federações Partidárias deteriam número eleitoral próprio, de forma que o eleitor poderia votar nas federações ao invés de nos partidos. **Por fim, no corrente ano de 2011, a Comissão Especial de Reforma Política do Senado aprovou novamente o fim das Coligações, como parte das medidas adotadas no sentido de empreender uma Reforma Política**.

Nesse contexto, não convence o argumento segundo o qual as coligações estariam protegidas pelo texto constitucional. Todos nós sabemos muito bem que a EC 52 decorreu de um natural processo de **diálogo institucional** entre os Poderes, desencadeado pela decisão da Justiça Eleitoral sobre o tema específico da verticalização das coligações. Então veio a posterior reação legislativa do Congresso Nacional, o qual fez questão, com uma clara e articulada opção política, de fixar no texto constitucional, mediante emenda, a autonomia partidária para formação de coligações, "sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal" (art. 17, § 1º). Assim, sabemos também que a temática da "desverticalização", que serviu de mote para a referida emenda constitucional, tem seu foco nas coligações formadas para as eleições majoritárias de âmbito nacional e leva em conta as eleições proporcionais no âmbito estadual na medida em que estas são influenciadas, pois se realizam em conjunto, pelas eleições majoritárias de caráter nacional. Parece

certo que a emenda constitucional quanto a essa temática não repercute sobre a problemática mais ampla sobre a qual se está aqui a refletir, que diz respeito à própria conformação do regime de coligações especificamente no *sistema eleitoral proporcional*. A reflexão que aqui está posta leva em conta os *fundamentos do sistema eleitoral proporcional* na democracia representativa de partidos, princípios que estariam a ser deturpados pelo regime de coligações partidárias peculiarmente construído no Brasil, sobretudo após a decisão deste Tribunal reconhecendo e afirmando o valor constitucional da fidelidade partidária, o qual também decorre desse conjunto de princípios que sustentam o sistema eleitoral numa democracia de partidos. A EC 52 pouco influencia toda essa temática. E, ressalte-se, não se está a por em questão o regime de coligações para as eleições majoritárias, que permanecem tratadas pela referida emenda constitucional.

Todas as questões e soluções aventadas, no entanto, estão a depender de uma ampla **reforma política**, a qual, por sua vez, depende do amadurecimento das opções políticas em torno dos diversos problemas suscitados. E, assim sendo, **no estágio atual, não se pode concluir de outra forma que não atestando que o regime legal de coligações no sistema proporcional é "ainda constitucional".**

Essa técnica de decisão não é estranha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em decisão de 23-3-1994, teve o STF oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados (HC 70.514, julgamento em 23-3-1994).

Assim, o Relator, Ministro Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei 1.060, de 5-2-1950, acrescentado pela Lei 7.871, de 8-11-1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público".

Da mesma forma pronunciou-se o Ministro Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto:

> Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão:

> No HC 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de *habeas corpus,* tive oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.
>
> E, por isso, ao acompanhar o Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer *habeas corpus*, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.

> Agora, em situação inversa, também esse mesmo estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio – a quem peço vênia –, a acompanhar o Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade *rebus sic stantibus.*

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal possa vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, no RE criminal 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

> 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, CPP – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, CPP será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328.
> (RE 147.776-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Lex-JSTF,* 238/390.)

Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o **reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.**

Com essas considerações, deixo consignada a constatação desse *processo de inconstitucionalização* legal de coligações com listas abertas adotado no sistema proporcional brasileiro, que se iniciou com a decisão deste Tribunal nos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604.

No presente caso, não se pode desconsiderar que a prática política, até aqui adotada com base na própria atuação da Justiça Eleitoral, gerou expectativas nos parlamentares quanto ao preenchimento das cadeiras pela ordem de suplência das coligações, e não dos partidos políticos. Desse modo, tal como já salientado pela Ministra Relatora, o princípio da **segurança jurídica**, na qualidade de princípio da **proteção à confiança**, está a recomendar a manutenção da sistemática até então adotada.

A decisão que esta Corte toma hoje – não exatamente por seu resultado, mas pelos fundamentos que nela se deixam consignados – poderá representar mais um importante capítulo de um processo de diálogo institucional que se direciona para a almejada reforma política do sistema proporcional no Brasil.

Assim, acompanho a Ministra Cármen Lúcia apenas quanto ao resultado, mas divirjo na fundamentação, registrando as reflexões aqui feitas sobre as coligações partidárias no sistema eleitoral proporcional.

Ante o exposto, voto no sentido de se denegar a segurança pleiteada.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não. Eu explico muito rapidamente. É que, alcançado o quociente eleitoral, os membros de uma coligação individualmente podem ter votos em quantidade muito menor do que outros candidatos que não alcançaram o quociente eleitoral pelo seu partido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas, independentemente disso, Ministro Ayres Britto e Ministro Gilmar Mendes, o fato é que todo voto contribuiu para aquele quociente partidário, independentemente do número.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Por exemplo, o caso de um Enéas, de um Tiririca. Eles arrastam candidatos que não tiveram voto praticamente e, no entanto, se elegeram. É nesse sentido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O voto do último colocado, se teve um voto, só o dele mesmo, contribuiu para o quociente. O quociente é o conjunto da coligação que forma.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Programaticamente, sim.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Nem é para, nesse ponto, vir a divergir do raciocínio de Vossa Excelência, mas, só para trazer alguns dados – muito embora tenhamos votado, não sei a conclusão do voto de Vossa Excelência, mas, enfim, nós nos manifestamos de maneira diversa naquele aparte –, dados que talvez sejam interessantes para Vossa Excelência.

Nas eleições de 2010 para a Câmara dos Deputados, eu tenho aqui os dados, foram válidos noventa e oito milhões, cento e vinte mil votos. Desses votos válidos, foram dados nominais a candidatos, aquele voto nominal, oitenta e oito milhões, oitocentos e noventa e dois mil, seiscentos e doze votos; a partidos, a legendas, foram dados nove milhões, duzentos e vinte e oito mil e quatorze votos.

Os deputados que foram proclamados eleitos para a Câmara dos Deputados e que, portanto, legislam, eles foram eleitos com o seguinte número de votos: vinte e nove milhões, novecentos e dezesseis mil, oitocentos e trinta e seis. A representatividade, do ponto de vista nominal, representa vinte e nove milhões, novecentos e dezesseis mil, oitocentos e trinta e seis votos em noventa e oito milhões de votos. Eu não estou fazendo juízo de valor desses números, só estou trazendo elementos sobre isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É um terço, trinta milhões.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas há um déficit de representatividade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A coligação é um elemento de vitalização do sistema proporcional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Debilita a programaticidade dos partidos. Aí, sim. A ideologia dos partidos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sem querer ser impertinente, mas a premissa não me parece sólida, *data venia*, é evidente. O mandato pertence ao partido e ao candidato – pertence aos dois, geminadamente – para fins de fidelidade eleitoral, só para esse fim. É outro tema, não tem nada a ver com o preenchimento de vaga por suplentes. São coisas heterogêneas.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte? Eu tenho a impressão que esta deformação, nesse fenômeno das coligações, ocorre no Brasil, predominantemente, porque não temos partidos ideológicos e programáticos. Na Europa, por exemplo, a regra é a existência das coligações, sobretudo no lado esquerdo do espectro político. Então, por que existem as coligações? Evidentemente essa não é uma ideia que inventamos, não é uma jabuticaba, conforme disse o Ministro Toffoli anteriormente. É algo que importamos, sobretudo da Europa. As coligações de partidos de esquerda são notáveis na Itália, na França, e são instrumentos de luta pelo poder, de imposição de uma determinada ideologia, de um determinado programa de governo. Portanto, a distorção não está na coligação em si, mas no uso que se faz das coligações.

Portanto, com todo respeito, não se trata de eliminar as coligações, que estão inclusive previstas na Constituição. O que se trata é de melhorar, digamos assim, a sua qualidade.

Inclusive, a meu ver, quando a Emenda 52 acabou com a obrigação de verticalização das coligações elas se empobreceram muito, porque nós permitimos que as coligações se formassem de forma aleatória nos três níveis político-administrativos da Federação. Uma promiscuidade, como dizem.

Apenas essa pequena observação. Eu não sou contra as coligações em princípio. Creio que elas têm um papel importantíssimo historicamente. E, na história dos partidos políticos, sobretudo na Europa, nós verificamos que elas têm um papel relevantíssimo e sobretudo no parlamentarismo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Com base num programa.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhores Ministros, não há mais muitas considerações a fazer após tantos e brilhantes votos que aqui foram proferidos. No entanto, a matéria é constitucional e me cabe votar também.

O impetrante defende a tese de que, no sistema eleitoral proporcional, os mandatos parlamentares conquistados pertenceriam aos respectivos partidos políticos e não mais às coligações formadas por eles para a disputa do pleito. Busca a

precedência do partido na ordem de suplência sob o argumento de que os efeitos do pacto coligativo estariam esgotados com o término do processo eleitoral.

Amparado no reconhecimento desta Suprema Corte de que os partidos políticos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda (MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau e MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 18-12-2008 e MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 2-10-2008), assevera que a convocação do suplente, na hipótese do § 1º do art. 56 da Constituição Federal, deve também respeitar a prevalência da titularidade partidária.

Ao reconhecer o caráter indispensável das agremiações partidárias à ordem democrática, a Constituição Federal assegura "aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha **e o regime de suas coligações eleitorais**, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária" (art. 17, § 1º – destaquei).

Essa previsão constitucional assegura às agremiações partidárias autonomia, dada a sua própria natureza associativa, para deliberarem sobre a formação de coligações eleitorais com outros partidos, inclusive sem qualquer coerência com as esferas nacional, estadual, distrital ou municipal.

Especialmente com relação ao sistema eleitoral proporcional, a formação de coligações partidárias, como se sabe, não apenas proporciona aos pequenos partidos melhores condições de disputa eleitoral, com a conjugação de esforços financeiros e maior tempo de exposição no horário de propaganda eleitoral gratuita, mas também possibilita um maior quociente partidário e, por conseguinte, maiores chances de um melhor resultado eleitoral na defesa dos interesses coligativos comuns.

O Código Eleitoral faculta aos partidos políticos a possibilidade de formação de coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, sendo conjunto o seu próprio **registro e o de seus candidatos, ou seja, sem distinção entre os partidos que as compõem** (art. 105 do Código Eleitoral).

As coligações partidárias, nesse contexto, possuem identidade partidária única, com denominação própria e, por expressa determinação legal (art. 6º, § 1º, da Lei 9.504/1997), assumem prerrogativas e obrigações idênticas às dos partidos políticos, inclusive no cômputo do quociente eleitoral e no direito de ocupação das vagas conquistadas (quociente partidário).

Nesse aspecto, o art. 4º da Lei 7.454/1985 estabelece:

> Art. 4º A coligação terá denominação própria, a ela assegurados os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos no que se refere ao processo eleitoral, **aplicando-lhe também a regra do art. 112 da Lei 4.737/65, quanto à convocação dos suplentes.**
> (Destaquei.)

Identificado o quociente partidário para elaboração da lista dos eleitos e seus respectivos suplentes, o Código Eleitoral estabeleceu que "estarão eleitos tantos **candidatos registrados por um Partido ou coligação** quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido" (art. 108 do Código Eleitoral – destaquei).

Logo, o número de cadeiras que o partido ou a coligação irá ocupar será definido pelo total de votos obtidos pelo partido ou pela coligação, que em momento algum perde sua identidade partidária única. Em ambos os casos, as vagas serão preenchidas pelos candidatos mais votados que se enquadrarem no número de vagas obtidas pelo partido isolado ou pela chapa da coligação na qual o candidato tenha seu pedido registro de candidatura deferido pela Justiça Eleitoral, qualquer que seja a sua filiação partidária originária (art. 6º, § 3º, incisos I e II, da Lei 9.504/1997).

Nesse sentido estabelece o art. 112 do Código Eleitoral:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:
> I – **os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos**;
> II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente de idade.
> (Destaquei.)

Assim, a lista dos candidatos eleitos e dos suplentes é definida pela proclamação do resultado das eleições, com a efetivação da diplomação pela Justiça Eleitoral, nos termos do art. 215 do Código Eleitoral:

> Art. 215. **Os candidatos eleitos**, **assim como os suplentes, receberão diploma** assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.
> (Destaquei.)

Com a proclamação do resultado das eleições é formada a lista dos eleitos e de seus suplentes, considerados os candidatos mais votados sob a mesma legenda partidária ou, no caso de coligação, sob a mesma chapa da coligação, razão pela qual o suplente mais votado tem direito adquirido à posse em caso de afastamento do parlamentar que o antecede.

É dizer, diplomados os candidatos eleitos e consolidada a ordem dos respectivos suplentes pela Justiça Eleitoral, a diplomação qualifica-se como ato jurídico perfeito, e sua anulação ou cassação exige acurada análise da ocorrência ou não de uma das hipóteses estritas da legislação eleitoral e da própria Constituição Federal, com respeito aos direitos constitucionalmente assegurados da defesa e do devido processo legal.

Estabelecida a sistemática para a definição das vagas e distribuição das cadeiras destinadas a cada legenda, considero intuitivo que idênticos critérios devam também ser aplicados para as hipóteses de afastamento regular do parlamentar, ocasião em que ocorre a convocação do suplente, nos termos previstos no § 1º do art. 56 da Constituição Federal.

É que a investidura na suplência da representação parlamentar, conforme bem delineado no memorial apresentado pela Advocacia-Geral da União, diz respeito ao preenchimento, após o início da legislatura, das vagas conquistadas pelo partido ou pela coligação. A convocação dos suplentes, nessa hipótese, obedece à ordem de proclamação do resultado das eleições pela Justiça Eleitoral, respeitando-se o princípio da votação majoritária e a vontade do eleitor.

Dessa forma, os efeitos jurídicos da coligação extravasam a sua própria existência, exigindo das bancadas maior flexibilidade para arcar com os ônus decorrentes das alianças políticas firmadas durante o processo eleitoral, mas que possibilitaram a obtenção de um maior quociente partidário e, por conseguinte, um melhor resultado eleitoral na defesa dos interesses coligativos comuns.

A hipótese da presente impetração, diante de todo o exposto, é totalmente diversa daquela já apreciada neste Plenário, quando do julgamento do MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, do MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 18-12-2008, e do MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 2-10-2008, e que trata do instituto da perda de mandato por infidelidade partidária, sem justa causa.

Salientei, naquele julgamento, que "os **partidos políticos e as coligações** conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver transferência dos candidatos eleitos sob sua bandeira para outra agremiação" (destaquei).

Esta Corte não abordou, naquela ocasião, a investidura de suplentes na hipótese de vacância regular do mandato eletivo. Mesmo porque o parlamentar que faz uma opção política em participar do Poder Executivo não perde o mandato (art. 56, *caput*, da Constituição Federal) e poderá sempre retornar ao seu exercício, sem qualquer prejuízo para a legenda que consentiu e é beneficiada do cargo assumido pelo parlamentar.

Diante das implicações decorrentes da alteração das regras do sistema eleitoral proporcional em vigor, tenho por sobremaneira ilustrativo o seguinte fato – mencionado na decisão proferida nos autos do MS 30.483/DF pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski:

> a prevalecer a tese articulada pelo impetrante haveria o surgimento de duas situações inusitadas. Em primeiro lugar, uma indesejável e imediata vacância em 29 cadeiras na Câmara Federal e, em segundo, a imperiosa necessidade de convocação de eleições suplementares, **especificamente para preenchimento das vagas suplementares e restritas a determinado partido.**
> (Destaquei.)

Finalmente, considero que a interferência no regramento do sistema eleitoral proporcional em vigor, além de alterar o sentido de dispositivos legislativos, com a consequente ruptura do postulado da segurança jurídica, como bem definiu o Ministro Celso de Mello (MS 30.380/DF), "poderá importar, pela desconsideração dos propósitos que animam a formação de coligações partidárias, em

grave marginalização dos grupos minoritários em sua disputa pelo poder, o que culminaria por reduzir, esvaziando-o, o coeficiente de legitimidade democrática que deve qualificar as instituições do Estado brasileiro".

Por todas essas razões, eminentes pares, com a devida vênia aos que sustentam entendimento contrário, meu voto é pela **denegação da ordem**.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, é difícil dizer qualquer coisa nova, agora que tantos votos brilhantes foram pronunciados. Quero louvar, de modo muito especial, o voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, que cobriu realmente toda a matéria.

Trago um voto escrito que vou apenas comentar com Vossas Excelências para dizer, desde logo, que acompanho a eminente Relatora e os Colegas que a seguiram, porque considero que a Constituição reconhece um caráter de indispensabilidade às agremiações partidárias e assegura, portanto, aos partidos, no art. 17, § 1º, uma série de direitos, inclusive, o direito de adotar o seu regime de coligações eleitorais. Portanto, é um direito esse que os partidos políticos têm, com assento constitucional. E o partido pode optar; ele pode concorrer sozinho, se considerar que tem condições para tanto, ou pode optar por reunir-se com outros para assim obter um resultado mais positivo. Portanto, digo que a previsão constitucional assegura às agremiações partidárias essa autonomia, que é própria da sua natureza associativa, para que elas deliberem sobre as coligações eleitorais com outros partidos, inclusive – e isso é realmente extraordinário –, sem que haja qualquer coerência entre as esferas estadual, municipal e federal. É isso que se vê.

Tenho que houve aqui várias colocações muito importantes, feitas pelos Colegas, mas me atrevo a avançar mais uma, que considero realmente a grande falha do sistema político eleitoral brasileiro: a total ausência de ideologia nos partidos políticos. Os partidos políticos são móveis ao sabor das conveniências, inclusive, isso se tornou tão consentido que resultou na criação de um partido que não é de esquerda, nem de direita, nem de centro. De modo que este é o grande defeito da política partidária brasileira. Se os partidos assumissem posições definidas, num sentido, ou noutro, não teríamos o problema que nós enxergamos hoje, que são essas coligações "sopa de letras", que nada significam para o eleitorado e nem fazem com que os eleitos se sintam minimamente vinculados a qualquer programa partidário.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ministra Ellen Gracie, essa questão que Vossa Excelência coloca é extremamente importante do ponto de vista político e da Ciência Política, mas ela tem uma explicação a meu ver. O Brasil é uma Federação gigantesca, com elites regionais altamente díspares entre si. Não existe uma elite nacional no Brasil. Daí a dificuldade de se ter partidos nacionais com ideologias definidas. Eles acabam tendo, por razões da formação do Estado brasileiro e do gigantismo da nação brasileira, realmente a necessidade de se compor de uma outra forma diferenciada do que seria num estado unitário ou num estado também

federativo, mas de tamanho menor. Ou se resolve isso com um bipartidarismo, como há, por exemplo, na América do Norte, com a possibilidade da candidatura avulsa, pessoal, sem partido, ou se tem o multipartidarismo, que foi a opção do constituinte de 1988, da Constituição brasileira em vigor. Nós teremos essa dificuldade de ter uma conjugação ideológica nacional, porque o Brasil não tem uma elite nacional, ele tem elites regionais. E quando falo em elites, estou falando não só da elite econômica, estou falando de todo tipo de elite. Não há uma elite, um liame único nacional, ideológico, por conta da Federação e da complexidade; Federação essa que deu origem à criação deste Tribunal como poder moderador da Federação, que é a competência nossa prevista no art. 102 da Constituição.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Como era o Partido Libertador no Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas eu penso, Ministro Celso de Mello, que, a par de Vossa Excelência, não havia uma federação de direito na época da Monarquia. Era o estado unitário, mas havia uma "Federação", entre aspas, de fato, e foi por isso que nós não viramos República e viramos Império; foi a grandeza, principalmente, do José Bonifácio em pensar, nosso patriarca, o estado unitário, que a solução do estado unitário manteria a unidade das várias elites regionais, e, com isso, a única solução seria a Monarquia e o Império, sob pena de acontecer com a nação brasileira o que ocorreu com as colônias espanholas. E o Imperador nomeava para presidir as províncias autoridades nascidas em outra localidade, portanto alienígena àquela dada elite local...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, eu acredito que este seminário poderia se prolongar ainda durante muito tempo, e é muito bom que ele se realize. Eu acredito que isso, realmente, falta ao Brasil: "cabeças" privilegiadas como Vossas Excelências, e tantas outras que há, dedicando-se a debater política com "P" maiúsculo, com toda a seriedade, pensando no Brasil que queremos para o futuro. É extremamente importante que nós façamos isso. Minha colocação vai um pouquinho além da mera constatação histórica do que acontece no Brasil. Até porque nós temos um vizinho mais acima que também tem uma dimensão continental como a nossa e onde, realmente, os partidos têm uma ideologia definida, os eleitores sentem-se, decididamente, vinculados a um partido. De modo que a ponderação que eu fazia e pretendia que fosse rápida, Presidente, era somente esta: certo, nós hoje temos esses partidos fragmentados que significam muito pouca coisa em termos de ideologia, mas podemos, sim, e devemos estimular o debate e chegar a um aperfeiçoamento da nossa sistemática política, porque a nossa sistemática eleitoral é invejada pelo mundo inteiro – graças à atuação do Tribunal Eleitoral. Servimos de modelo para o mundo, entregando resultados de eleição em tempo recorde e evitando, com isso, qualquer ensaio de descontentamento, de discordância com os resultados. Temos eleições, no Brasil, absolutamente pacíficas. Esse é um patrimônio de que o País dispõe. De modo que, feito esse avanço que muito se deve à tecnologia, e mais ainda à unificação do cadastro eleitoral, nós devemos, agora, sim, nós brasileiros, todos nós, nos dedicarmos ao aperfeiçoamento do sistema político-partidário.

E a minha colocação é esta: o que falta, realmente, é a identificação com alguma bandeira.

O Ministro Celso lembrou muito bem: o Partido Libertador no Rio Grande do Sul tinha como bandeira principal o parlamentarismo. Hoje nós não vemos nenhum partido desfraldando essa bandeira ou tantas outras dignas que poderiam congregar e dar uma marca distintiva a uma agremiação determinada.

Mas, voltando ao voto que prometo resumir, verifico ainda, Presidente, que o Código Eleitoral autoriza os partidos políticos não só a efetuar as coligações para eleição majoritária, proporcional ou para ambas, mas o registro é conjunto da coligação e dos candidatos, sem distinção entre os partidos que a compõem. É o art. 105 do Código Eleitoral que o dispõe.

Portanto, as coligações partidárias inelutavelmente possuem uma identidade partidária única para aquele pleito. Com denominação própria, por expressa determinação legal, assumem prerrogativas e obrigações idênticas às dos partidos políticos, inclusive no cômputo do quociente eleitoral e no direito de ocupação das vagas conquistadas, que é o quociente partidário. Entender diversamente, passando a preferência dessa suplência ao partido, parece-me seria neste caso uma forma de fraudar-se esse coeficiente eleitoral que já foi definido anteriormente.

Portanto, considero que, como bem já disseram os Colegas, estabelecida a sistemática para definição das vagas e distribuição das cadeiras que são destinadas a cada legenda, mediante esse cálculo matemático, é intuitivo que os critérios devam ser idênticos para serem aplicadas às hipóteses de afastamento, que é o de que agora estamos tratando.

Assim, eu, tanto quanto a Relatora, denego a ordem e peço a Vossa Excelência a juntada do voto.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Presidente, peço-lhe um segundo, Ministro Marco Aurélio, que vota agora, apenas para enfatizar a importância do que acho que, realmente, a Ministra Ellen começou realçando, que é a ausência, eu nem diria de uma ideologia, mas de uma identificação, conforme disse Vossa Excelência, do partido, que se ponha claramente para o eleitor, e que afirmaria plenamente a soberania popular. O que também foi anotado pelo Ministro Gilmar. Como Vossa Excelência anota, é de suma importância o eleitor poder identificar quem é quem na sua representação política. Isso que alguém disse aqui, de uma "sopinha de letras", realmente existe na pluralidade de partidos brasileiros, mas esse é o sistema que está posto na Constituição, mais ainda com a admissão das coligações.

E apenas, rapidissimamente, Ministra Ellen, lembro-me de que, na década de setenta, estando a visitar um Presidente de uma outra República, ele teria ficado muito impressionado ao conversar com duas figuras proeminentes de dois partidos que havia; portanto, opostos. E os dois se diziam de centro-direita; e

ele perguntou-lhes como poderiam ser de igual posição sendo inimigos e opostos? Ao que o interlocutor teria respondido que "somos de dois partidos opostos e somos de centro-direita, porque nós estamos no mesmo lugar, apenas um de costas para o outro". Lembro-me de que isso, na época, foi matéria de jornal para se afirmar que ninguém consegue identificar ninguém, porque todo mundo tem o mesmo rótulo, a mesma letra, mas há, realmente, posições e visões de vida opostas. Então, eu considero efetivamente da maior importância o que foi enfatizado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E se Vossa Excelência me permite, eu diria que nem é problema de ideologia, porque todos os partidos têm um programa. O problema é que nenhum deles segue o seu programa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Os programas são idênticos, Presidente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): São idênticos. São muito parecidos. Vossa Excelência lê e a leitura de cada um deles nos deixa atônitos, tal a identidade do que é pregado como programas, às vezes de partidos opostos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu tive ocasião de fazer isso quando atuava no Tribunal Regional Eleitoral, em Porto Alegre, e resolvi, por curiosidade, ler os programas de todos os partidos. Realmente, é quase idêntica a redação, de modo que o eleitor não tem grandes opções.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a matéria não tem contornos ligados à simplicidade, porque se tivesse, não teríamos a veiculação de tantas ideias para chegar-se ao mesmo resultado, ou seja, o indeferimento da ordem. Praticamente, esse é o único processo inteiramente julgado nesta sessão, já que a ação direta de inconstitucionalidade dos professores foi apregoada apenas para colher-se o voto de Vossa Excelência e, assim mesmo, ainda tivemos descompasso quanto à proclamação do resultado do julgamento.

Presidente, começo lastimando os tempos estranhos vivenciados no Brasil, e refiro-me à circunstância de decisões deste Tribunal não serem respeitadas por segmento de um Poder, por um órgão como é a Câmara dos Deputados, no que integra o Poder Legislativo. Às vezes, Presidente, a crise tem que ganhar diapasão maior para ter-se a correção de rumos!

Presidente, suplente não é eleito, porque se fosse, ocuparia a cadeira do titular. Por isso, tenho muitas dúvidas quanto a asseverar-se que o suplente é diplomado, a não ser nas eleições majoritárias para o Senado, em que há uma chapa composta do titular e dois suplentes. Tenho sérias dúvidas quando se assevera que a Justiça Eleitoral, a partir da ordem jurídica, diploma suplentes. Indago: todos aqueles que não lograram a eleição seriam diplomados? Teria até dificuldade para definir o número dos diplomados sob tal óptica.

Lanço, Presidente, algumas premissas. Não concebo legislatura a partir de revezamento nas bancadas. Nas bancadas, a representação é revelada por partidos políticos e blocos partidários. Não há como conceber, Presidente,

revezamento e o revezamento, aqui, ocorre quando se potencializa esse ente abstrato, que é a coligação, formada com objetivos, às vezes, até mesmo escusos, como é o caso do tempo de propaganda eleitoral. Daí ter-se, como já foi dito, partidos de aluguel.

A segunda premissa: o eleitor – foi ressaltado da tribuna – não vota em coligação. Eu mesmo não teria como definir a coligação daqueles candidatos que sufraguei nas eleições passadas – e olha que me considero uma pessoa esclarecida, possuidor de certa escolaridade. Imaginem os eleitores que realmente elegem! Um outro aspecto, Presidente: o eleitor vota, necessariamente, embora não saiba, no candidato e, geralmente, vota na pessoa do candidato – os exemplos estão aí e já foram mencionados – e no partido político, já que os dois primeiros algarismos do número do candidato retratam o partido político.

O Código Eleitoral prevê o quociente eleitoral, que é encontrado dividindo-se, como está no art. 106 do Código, o número de votos válidos apurados pelo número de lugares a serem preenchidos em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

A partir desse quociente eleitoral, chega-se ao quociente partidário, apanhando-se os votos atribuídos, a teor do disposto no art. 107 do Código Eleitoral, a partido político ou a coligação e dividindo-se pelo resultado da equação anterior, alusiva ao cálculo do quociente eleitoral.

Presidente, indago: efetuados os cálculos, no tocante ao partido político, não há questionamento maior, mas efetuados os cálculos, os lugares são entregues à coligação para serem distribuídos aos partidos políticos? Não, a resposta é negativa, porque o artigo que se segue revela aqueles que são eleitos. São eleitos os candidatos capitaneados não pela coligação, porque a escolha dos candidatos não é implementada pela coligação, mas pelo partido político na convenção. A definição dos ocupantes das cadeiras, presente o número reservado ao partido político, leva em conta a votação nominal dos candidatos, alcançada pelos candidatos. É o que está em bom vernáculo no art. 108:

> Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou Coligação quantos o respectivo quociente partidário [e aí não se fala mais nem em quociente alusivo à Coligação] indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. (Alterado pela L-007.454-1985).

Presidente, com essa distribuição de cadeiras, firma-se o necessário para ocorrer a eleição da Mesa Diretora da Casa Legislativa. Firma-se o necessário em termo de representatividade dos partidos políticos para haver, como está na Carta da República, a formação das comissões e não existe, Presidente, tendo em conta os partidos, a possibilidade de cogitar-se de alternância sob pena de se incidir até em incoerência. Exemplo: imaginemos que seja convidado para uma secretaria, para um ministério, alguém que, em primeiro passo, ante a representatividade do partido na casa, tenha sido eleito para a Mesa. Caso se conclua que essa homenagem, que geralmente é feita não à pessoa do candidato, mas ao partido político, poderá ocorrer a assunção de outro candidato que não seja do

partido. Haverá o desmantelamento do que previsto quanto à eleição dos que integram a própria Mesa, a representatividade do partido.

Presidente, a Constituição Federal realmente versa o instituto da coligação, mas o faz, em primeiro passo, com uma gradação maior, a instituição que é o partido político, dando a este, sim, até a possibilidade de definir com quem deseje, ou não, coligar-se. Sabemos que a coligação é um somatório de forças para, de alguma forma, chegar-se ao êxito nas eleições.

Não temos, Presidente, no caso, como assentar – pelo menos é minha óptica, com todo respeito àqueles que concluíram de forma diversa – que é possível a alternância em plena legislatura, saindo temporariamente um ocupante da cadeira e vinculado a certo partido, para entrar um suplente vinculado a partido diverso.

O que concluo, Presidente, é que o Código Eleitoral define a ocupação das cadeiras. Essa definição é o principal, sendo acessório o que podemos rotular como suplência. O acessório segue a sorte do principal, inclusive na vinculação ao partido político. Por isso mesmo, é que, de forma clara, precisa, categórica, os artigos que se seguem ao art. 107, quanto à distribuição das cadeiras, considerado o quociente partidário e, também, a coligação, não versam mais à coligação. A coligação desaparece do cenário jurídico e, repito, a distribuição das cadeiras ocorre considerada a votação nominal dos candidatos que têm a respaldá-los os partidos políticos e não mais uma coligação. Por isso, de forma clara, precisa e coerente com a impossibilidade de ter-se a alternância nas bancadas na Casa Legislativa, em plena legislatura, o art. 112 do Código Eleitoral revela:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária: (...)

Partidária quanto a quem? Quanto àquele que se mostrou, em um primeiro passo, titular da cadeira, presente o partido político do titular da cadeira.

Vem, então, "os mais votados", tendo em conta a coligação? Não. Os mais votados sob a mesma legenda. Mesma legenda de quem? Do titular. Ou será que é de outra? Raciocínio diverso deságua em presente de grego, no que o convite ao titular poderia implicar – e parece que realmente implica, tendo em conta a maioria já formada – assunção de suplente de partido diverso. Já se disse, também, que as coligações, inclusive presente descompassos que surgem ante interesses individualizados dos partidos, desaparecem após o pleito, a eleição. Mas continuarei.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Como não pode deixar de ser. Tem que desaparecer mesmo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pelo visto não desaparece!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, o trabalho de parto já se consumou. O rebento permanece vivo ou, se quisermos comparar com uma árvore, os frutos da coligação não podem ser jogados na lata de lixo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que as nossas premissas são diversas. Nisso está, inclusive, a valorização do julgamento em Colegiado. Nós nos completamos mutuamente. O Colegiado é um órgão democrático por excelência: o que prevalece é a visão da maioria, sem emudecer-se a minoria.

Mas continuo, Presidente, no improviso. Há de se declarar o conflito do art. 112 do Código Eleitoral com a Constituição Federal, caso se diga que suplente não é o do partido, mas da coligação.

Volto à cabeça do artigo:

> Art. 112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:
> I – os mais votados sob a mesma legenda (...) [mesma legenda de quem? Por que o adjetivo? Do eleito do titular] (...) e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos (...).

Ou seja, há vinculação necessária, querida pelo Código Eleitoral, presente a titularidade e a suplência. O suplente o é do partido a que integrado o titular. E vem preceito, que consta inclusive da Carta da República, a confirmar a possibilidade de não se ter o suplente. Estabelece-se uma condição para se chegar a esse resultado e ainda se ter um espaço de tempo razoável relativo ao mandato, à legislatura.

Então, preceitua o art. 113 do Código Eleitoral:

> Na ocorrência de vaga, não havendo suplente para preenchê-la ["suplente", reafirmo, tendo em conta a vinculação do titular a certo partido], far-se-á a eleição, salvo se faltarem menos de nove meses [e esse preceito já foi suplantado pela Carta da República, no que elasteceu o período que deve sobejar na legislatura] para findar o período de mandato.

Senhor Presidente, ouvi muito sobre razoabilidade, mas tudo o que foi dito aqui, e presente meu modo de ver a ordem jurídica constitucional, ganha subjetivismo maior. É um caleidoscópio! As visões são diversificadas. Penso que não há razoabilidade em imaginar-se que contemple o sistema o afastamento do titular de um certo partido para assumir, no lugar dele, suplente de partido diverso. Legislatura pressupõe estabilidade das bancadas, dos blocos parlamentares presentes os partidos políticos. Não há como admitir-se o revezamento, a alternância.

A coligação no Brasil não é norteada por similitudes de programas partidários. Sabemos que é um instrumental de ordem prática para ter-se, no cenário da disputa, certas vantagens. Mais do que isso. Conflita com a espécie eleições proporcionais. Eleições proporcionais a quê? Aos votos obtidos pelo partido.

Então digo que procede, a mais não poder, memorial que o cidadão, mestre René Ariel Dotti, nessa qualidade – de cidadão e varão desta sofrida República –, encaminhou-nos.

Peço vênia especialmente à relatora e aos colegas que a acompanharam, para reafirmar a óptica que formei quando examinei a espécie, muito embora, no campo precário e efêmero como é o da liminar. Na oportunidade, implementei a medida acauteladora que, não foi, embora emanada do Supremo, porque a formalizei personificando, numa abstração maior, o próprio Tribunal –, como disse, lamentavelmente, isso revela a quadra cultural que atravessamos, observada pelo segmento do Poder Legislativo, que é a Câmara dos Deputados.

Aprendi em família que o exemplo vem de cima. Imagino qual será a postura do cidadão comum quando um órgão como a Câmara dos Deputados, presente, ainda por cima, situação individualizada, não o coletivo, deixa de cumprir decisão emanada do Supremo.

Peço vênia para conceder a ordem, entendendo que procede o pedido formulado pelo impetrante, no que suplente – reafirmo – daquele titular que deixou a cadeira, ambos vinculados ao mesmo partido.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Com o afastamento** temporário *de determinado congressista* do mandato de Deputado Federal – **licenciado** para exercer cargo referido **no art. 56**, **I**, da Constituição da República –, **convocou-se**, em decorrência **de mencionada** investidura político-administrativa, **o primeiro suplente** *da coligação partidária*, **filiado**, *no entanto*, **a outro** partido político **que não** aquele ao qual vinculado o titular do mandato parlamentar, **consoante esclarecem** as informações **prestadas** pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados.

Busca-se invalidar, *desse modo*, **o critério** que, **adotado** pela Mesa da Câmara dos Deputados, **confere precedência** à convocação de suplente pela classificação de votação por ele obtida *na coligação partidária*, **observada**, *para tanto*, **a ordem** de classificação encaminhada, a essa Casa legislativa, *pela própria* Justiça Eleitoral.

O Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **ao prestar** as informações que lhe foram solicitadas, **encaminhou**, a esta Corte, **parecer** que, **elaborado** pelo Senhor Deputado Antonio Carlos Magalhães Neto, **foi aprovado** pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados **e que**, *em síntese*, **expõe** as razões de direito **que dão suporte** à deliberação ora questionada:

> ***12.*** *(...).* É que*, independentemente da opinião de qualquer cidadão* ***sobre as coligações partidárias*** *em eleições proporcionais,* ***o fato irrefutável é que elas são autorizadas*** *pelo nosso ordenamento jurídico.* ***Seus efeitos****, ao menos até o advento desse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal,* ***estendiam-se*** *ao longo de toda a Legislatura,* ***uma vez*** *que os candidatos, na prática, não foram eleitos por um partido, mas por uma coligação, algo que é trivial.* ***Como aponta*** *o § 2º do art. 105 do Código Eleitoral,* ***os candidatos*** são inscritos pela coligação, ***e não*** *por seus respectivos partidos.* ***São diplomados*** *pelas coligações,* ***não*** *pelos partidos. (...).*
>
> ***13. As distorções*** *de nosso sistema proporcional* ***são conhecidas****.* ***Ele permite*** *que candidatos com um número inexpressivo de votos* ***assumam*** *mandatos* ***em detrimento*** *de candidatos muito melhor votados.* ***Isso decorre*** *exatamente dos fundamentos alinhavados pela decisão liminar sob execução, que,* ***ao citar*** *Duverger,* ***afirma*** *que o mandato partidário sobrepuja o mandato eleitoral.* ***Um candidato é eleito por um partido****,* ***com base*** *no quociente partidário* ***que sua sigla foi capaz*** *de obter no pleito.* ***O Supremo Tribunal Federal*** *pode até alegar que as coligações são "efêmeras",* ***mas o mais importante*** *de seus efeitos* ***perdura*** *durante toda a Legislatura:* ***a definição*** *do quociente partidário.* ***Isto é, a definição*** *do número de*

lugares ***que cabe*** *a um partido (ou coligação).* ***Permitir*** *que as coligações tenham efeito para a formação do quociente partidário* ***e***, ***depois***, ***cassar*** *dos partidos que a compuseram até mesmo o direito à suplência gera situações profundamente iníquas em relação às siglas coligadas e ao eleitorado.* **É possível**, *até mesmo,* ***divisar hipóteses em que partido de uma coligação soma votos suficientes para alcançar o quociente partidário isoladamente***, ***mas ficaria sem direito sequer à suplência***. *Mais que um desrespeito à agremiação partidária que se coligou licitamente, é escarnecer dos eleitores que nela depositaram seu voto. O Supremo Tribunal Federal* ***está correto*** *ao afirmar* ***que o mandato***, *num sistema proporcional,* **é do partido**. *Mas isso decorre de um fato simples:* ***o número de vagas*** *às quais o partido fará jus* ***deflui do esforço conjunto de todos*** *os seus candidatos,* ***consubstanciado***, *ao fim das eleições,* ***no quociente partidário***. ***As vagas são obtidas pelo partido***. ***Pertencem a ele. Porém***, ***o fato de nosso ordenamento admitir as coligações*** *em eleições proporcionais* ***significa***, *para bem ou para mal,* ***que é permitido que um conjunto de partidos comporte-se*** *como apenas um durante o pleito* ***e***, *por essa razão,* ***defina conjuntamente seu quociente partidário***. *Ignorar isso é condenar não só candidatos, mas votos, a uma espécie de limbo eleitoral. (...)*
(**Grifei**.)

Presente este contexto, passo a apreciar a postulação mandamental formulada pela parte ora impetrante.

Não se desconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento **do MS 26.602/DF**, Rel. Min. EROS GRAU, **do MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **e do MS 26.604/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **firmou** orientação **no sentido** de que o mandato eletivo **vincula-se** *ao partido político* **sob cuja legenda** o candidato **disputou** o processo eleitoral, **motivo** pelo qual se reconheceu que as agremiações partidárias **têm** o direito de preservar a vaga **obtida** pelo sistema proporcional, **em casos** de infidelidade partidária.

Ao julgar o MS 26.603/DF, *de que eu próprio fui Relator*, esta Suprema Corte **proferiu** decisão que, *no ponto*, **está assim ementada**:

(...) ***A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL"***.

– O mandato representativo não constitui *projeção de um direito pessoal* ***titularizado*** *pelo parlamentar eleito,* ***mas representa***, *ao contrário,* ***expressão que deriva*** *da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral* ***resulta*** *de "fundamento constitucional autônomo",* ***identificável tanto*** *no art. 14, § 3º,* ***inciso V (que define*** *a filiação partidária como condição de elegibilidade)* ***quanto*** *no art. 45, "caput" (****que consagra*** *o "sistema proporcional"), da Constituição da República.*

– O sistema eleitoral proporcional: *um modelo* ***mais*** *adequado ao exercício* ***democrático*** *do poder,* ***especialmente*** *porque* ***assegura***, *às minorias,* ***o direito*** *de representação* ***e viabiliza***, *às correntes políticas,* ***o exercício*** *do direito de oposição parlamentar.* ***Doutrina***.

– A ruptura *dos vínculos de caráter partidário* ***e*** *de índole popular,* ***provocada*** *por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido* ***e*** *infidelidade ao povo),* ***subverte*** *o sentido das instituições,* ***ofende*** *o senso de*

*responsabilidade política, **traduz** gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, **compromete** o modelo de representação popular **e frauda**, de modo acintoso **e** reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, **introduzindo** fatores de desestabilização na prática do poder **e gerando**, como imediato efeito perverso, **a deformação** da ética de governo, **com projeção vulneradora** sobre a própria razão de ser **e** os fins visados **pelo sistema eleitoral proporcional**, **tal como** previsto **e** consagrado pela Constituição da República. (...)*
(**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

Em **referido** precedente (**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **tanto quanto** naqueles que venho de mencionar (**MS 26.602/DF**, Rel. Min. EROS GRAU, **e MS 26.604/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), **esta** Corte, **ao julgar** a controvérsia que lhe foi submetida, **examinou** questões impregnadas **de irrecusável** sentido jurídico-institucional, **tais como a essencialidade** dos partidos políticos no processo de poder **e** na conformação do regime democrático, **a importância** do postulado da fidelidade partidária, **o alto significado** das relações entre o mandatário eleito **e** o cidadão que o escolhe, **o caráter eminentemente partidário** do sistema proporcional **e as relações** de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político **e** o representante eleito.

Vê-se, *daí*, **considerados** os fundamentos que deram suporte a tais julgamentos, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **não** apreciou, *neles*, **o tema** concernente à ordem de convocação dos suplentes **na hipótese** de coligações partidárias, **ainda** que reconhecesse **o inquestionável** relevo **e o indiscutível** sentido político-jurídico que as agremiações partidárias **representam** no plano da *institucionalidade*, **considerados** os valores **que qualificam** a ordem democrática, **que supõe**, *em seus aspectos essenciais*, **o respeito** ao pluralismo político **e a possibilidade** de permanente influência da vontade popular no processo decisório das instâncias governamentais.

Daí a procedente observação da douta Advocacia Geral da União, **quando enfatiza** a inaplicabilidade, ao presente caso, dos **precedentes** que venho de mencionar:

III. "DISTINGUISHING": A Inaplicabilidade dos Precedentes Apontados na Inicial ante a Distinção de Situações.

Os precedentes evocados na inicial não podem ser aplicados às controvérsias relativas à convocação das suplências, pois, em todos os casos, invariavelmente, em jogo estava questão de fidelidade partidária. Nos MS *26.602/DF, 26.603/MS, 26.604/DF e 27.938/DF, essa Corte fixou o entendimento de que, nada obstante a titularidade do mandato seja do partido, o parlamentar em exercício que muda de agremiação não perde o mandato, a teor do artigo 26 da Lei 9.096/95, caso justificada a necessidade de afastar a infidelidade.*

***Diversamente dos precedentes acima**, o quadro das presentes impetrações revela que os titulares da cadeira não abriram mão do mandato, não pediram o cancelamento das inscrições e nem agiram mediante infidelidade. Ao contrário, afastaram-se, justificadamente, para serem investidos em cargo relevante em outro Poder – artigo 56, inciso I, da Constituição de 1988. As situações são, portanto, distintas destas impetrações, conforme restou pontuado pelas recentes decisões do*

Ministro Ricardo Lewandowski (MS 30.459/DF e MS 30.483/DF), assim como do Ministro Celso de Mello (MS 30.380/DF).
(**Grifei**.)

Inquestionável o alto significado de que se revestem, em nosso sistema político-constitucional, **as funções e a natureza** da participação das agremiações partidárias no processo de poder **e** na própria conformação do regime democrático.

A Constituição Federal, **ao delinear** os mecanismos de atuação do regime democrático **e ao proclamar** os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, **consagrou**, em seu texto, **o próprio** *estatuto jurídico dos partidos políticos*, **definindo** princípios, que, **revestidos** de estatura jurídica incontrastável, **fixam** diretrizes normativas **e instituem** vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias (**ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **RTJ** 178/22-24 – **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **RTJ** 176/578-580, *v.g.*).

A normação constitucional dos partidos políticos, *ninguém o ignora*, **tem por objetivo** regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, **não só** o processo de institucionalização desses corpos intermediários, **como também assegurar** o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, **na medida em que pertence** às agremiações partidárias – *e somente a estas* – **o monopólio** das candidaturas aos cargos eletivos.

As agremiações partidárias, *como corpos intermediários que são*, **posicionando-se entre** a sociedade civil **e** a sociedade política, **atuam** como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

Os partidos políticos, *assim*, tornam-se elementos revestidos de caráter institucional, **absolutamente indispensáveis**, *porque nela integrados*, à dinâmica do processo político e governamental.

Por isso mesmo, a Lei Fundamental de Bonn, **promulgada** em 1949, **já definia**, *claramente*, **a função política** das agremiações partidárias: "*Os partidos concorrem para a formação da vontade política do povo*" (art. 21, 1).

Os partidos políticos constituem, *pois*, **instrumentos** de ação democrática, **destinados** a assegurar a autenticidade do sistema representativo. **Formam-se** em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, **tanto** mais se acentua **quando** se tem em consideração **que representam eles** um instrumento decisivo **na concretização** do princípio democrático **e exprimem**, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, **um dos meios fundamentais no processo de legitimação** do poder estatal, **na exata medida** em que o Povo – fonte **de que emana** a soberania

nacional – **tem**, *nessas agremiações*, **o veículo necessário** ao desempenho das funções de regência política do Estado.

Daí a exata observação de NORBERTO BOBBIO ("**Dicionário de Política**", **obra conjunta** com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, **verbete** *Representação Política*, 2. ed., 1986, Editora UnB) **sobre o decisivo papel** dos partidos políticos **no desenvolvimento** da democracia representativa **e**, *ainda*, **sobre** a realidade dos vínculos entre o corpo eleitoral, o Parlamento **e** os representantes eleitos, **expendendo** considerações **que põem em relevo** o fato de que "*(...) o papel do representante **está diretamente ligado** ao dos partidos (...)*" (**grifei**).

Irrecusável, *desse modo*, que a figura institucional do partido político **está na base** da representação política **e** do modelo democrático, **extraindo**, *portanto*, **a sua primazia**, "*como instrumento indispensável à realização do ideal democrático, no papel de ente intermediário entre o povo e o Estado*" (MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO, "**Sistemas Eleitorais X Representação Política**", p. 292, Tese de Doutorado, 1987, São Paulo), **do próprio sistema** de nossa Constituição, **a tornar pertinente**, *no caso brasileiro*, **o pensamento lapidar** de MAURICE DUVERGER ("**Os Partidos Políticos**", trad. por Cristiano Monteiro Oiticica, Zahar Editora, 1970), **para quem**, "*sem partidos, o funcionamento da representação política, ou seja, a própria base das instituições liberais é impossível*".

Não questiono a asserção de que, *contemporaneamente*, **prevalece** a noção de que o moderno Estado constitucional **representa**, em sua configuração institucional, a expressão mesma **de um verdadeiro** *Estado de Partidos*.

Daí a corretíssima observação de AUGUSTO ARAS ("**Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar**", p. 295, item n. 5.1.3, 2006, Lumen Juris), em **preciosa** obra **na qual destaca** a realidade **do presente** *sistema de partidos* **e em que assinala**, *com extrema propriedade*, o real significado, *para a ordem democrática*, das agremiações partidárias:

> ***Partindo** dessa premissa,* é legítimo afirmar *que o Parlamento é composto **menos** por políticos "per se" **que por partidos**, bem como que os interesses partidários devem sobrepor-se aos interesses individualizados de seus filiados.*
>
> *(...)*
>
> ***Como o fortalecimento** da democracia representativa **passa pelo fortalecimento** dos partidos políticos, **há de se concluir** que, nos Estados de Partidos parciais, **o titular do mandato já é o partido político** – **e não** o seu filiado eleito por sua legenda –, **na perspectiva** de um novo modelo denominado "mandato representativo partidário", **que se apresenta** como resultado da evolução dos "mandatos imperativo e representativo" **oriundos**, respectivamente, do "Ancien Régime" e do Estado liberal.*
>
> ***O** "**mandato representativo partidário**" opera a partir da conjugação de elementos comuns aos modelos precedentes ("mandatos imperativo e representativo") **para fazer brotar** uma nova concepção de mandato político **em que este tem por titular** o partido (...)*
>
> (**Grifei**.)

Como **anteriormente** salientado, **a controvérsia** ora versada **na presente** sede mandamental – **embora** não **exclua** do mandato eletivo o seu caráter **eminentemente** partidário, **tal como se decidiu** nos precedentes referidos – **veicula**, *no entanto*, tema diverso, *sequer* neles apreciado, **consistente no exame das múltiplas** questões **que concernem** à natureza, *ao significado*, às funções **e** às prerrogativas jurídico-eleitorais **das coligações partidárias**.

A coligação partidária, *como se sabe*, **constitui** a união transitória de dois ou mais partidos políticos, **vocacionada** a funcionar, **nos termos** do § 1º do art. 6º da Lei 9.504/1997, "*como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários*", **objetivando viabilizar**, aos organismos partidários que a integram, a conquista **e** o acesso ao poder político (MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO, "**Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político**", p. 227, 2. ed., 2010, Renovar; JOSÉ NEPOMUCENO DA SILVA, "**As Alianças e Coligações Partidárias**", p. 108, item n. 2, 2003, Del Rey; ADRIANO SOARES DA COSTA, "**Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**", p. 389, item n. 2, 1998, Del Rey; WALBER DE MOURA AGRA, "**Do Direito dos Partidos à Vaga dos Suplentes**", "*in*" "Estudos Eleitorais", p. 181, item n. 6, vol. 5, número 3, set/dez 2010), **além de fortalecer**, *no contexto do processo eleitoral*, *a representatividade* **e** *a sobrevivência* das pequenas agremiações partidárias (RODRIGO CORDEIRO DE SOUZA RODRIGUES, "**Partidos e Coligações: A Sucessão dos Suplentes**"; RENATO VENTURA RIBEIRO, "**Lei Eleitoral Comentada**", p. 79/81, item n. 6.3, 2006, Quartier Latin).

Para esse efeito, *as coligações partidárias* – **que conferem** *maior* eficácia à ação, *conjunta e solidária*, dos partidos coligados – **acham-se investidas** de expressivas prerrogativas de ordem jurídico-eleitoral, **assim identificadas** por JORGE MARLEY DE ANDRADE ("**Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil**", p. 40/42, item n. 2.5.4, 2008):

> ***Algumas vantagens*** *podem advir da deliberação de disputa do pleito eleitoral* ***de forma coligada*** *com outros partidos.* ***Estudos mais específicos e com análise calcada*** *em métodos empíricos* ***indicam a maximização*** *do resultado eleitoral (oportunidades eleitorais)* ***como um dos fatores determinantes*** *da prática de coligações,* ***sobretudo pelos pequenos partidos****.* ***Enumeramos abaixo algumas delas****:*
>
> > ***1. Os partidos coligados*** *(coligação)* ***têm possibilidade legal de registrar maior número*** *de candidatos ao pleito proporcional,* ***se comparado*** *ao número de candidatos que podem apresentar os partidos que disputam a eleição isoladamente.* ***Assim****, segundo o art. 10 da Lei 9.504/97,* ***os partidos isolados*** *podem registrar candidatos* ***até*** *1,5 vezes o número de vagas da casa legislativa (magnitude eleitoral).* ***No caso de coligação****, entretanto,* ***a possibilidade é de 2 vezes*** *o mesmo número.* ***Em se tratando*** *especificamente das eleições estaduais/federais, nas unidades da federação em que o número de vagas da casa legislativa (Câmara dos Deputados) for menor/igual a 20,* ***cada partido*** *que concorra* ***isoladamente*** *pode registrar para a eleição de Deputado Estadual/Distrital (Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa) e de Deputado Federal (Câmara dos Deputados) 2 vezes o número de vagas*

*da correspondente Casa Legislativa. **No caso de coligação**, entretanto, a **possibilidade** é de **3** vezes **o mesmo número**.*

***2. A coligação tem maior tempo de propaganda eleitoral gratuita** no rádio e televisão **porque resultado proporcional da soma** da representação, na Câmara dos Deputados, dos partidos que a integram, **segundo regra** estabelecida no inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97.*

***3. Podendo registrar mais candidatos**, **o quociente partidário** (número de eleitos pela legenda – partido isolado ou coligação) **das coligações tem condição** de ser maior **porque resultado de todos** os votos dados à legenda dos partidos coligados e aos candidatos registrados pela coligação, **nos termos** do art. 107 do Código Eleitoral, **significando maiores chances** de um melhor resultado eleitoral.*

***4.* É de fundamental importância** *também ressaltar, **identificando-as** como repercussão das fórmulas eleitorais (**cálculos** dos quocientes eleitorais, quocientes partidários, **definição** de sobras), **duas questões** que interferem na tendência **do comportamento coligacional** das entidades partidárias, **sobretudo as pequenas legendas**, em razão de decisão racional e estratégica de se conseguir resultado eleitoral.*

***A primeira delas* é que várias** *dessas **pequenas** legendas, **mesmo não conseguindo** atingir o quociente eleitoral (art. 106, CE) pela votação que obtêm **individualmente** (votos de legenda e nominais dados a mesma legenda), **conseguem**, não raro, **eleger** candidatos **em razão** de fazerem parte de coligação, **pela transferibilidade** dos votos **ditada** pelos arts. 107 e 108 do Código Eleitoral. **Esse resultado eleitoral positivo dificilmente seria alcançado se** disputassem o pleito isoladamente.*

***A segunda questão** é também correlata às pequenas legendas, **as quais**, ainda que alcancem votação razoável, **se não lograrem** atingir o quociente eleitoral (QE igual a 0,9, por exemplo), **serão irremediavelmente excluídas** da participação do rateio das sobras. **Isso**, apesar de malferir a legitimidade eleitoral (autenticidade da representação), **conduz à solução prática** desse obstáculo **pela formalização** de alianças eleitorais.*

***5. Maiores chances de um melhor resultado eleitoral devido** à possibilidade **de maior** quociente partidário **indicam perspectiva de maior** representação (ou pelo menos 1 vaga) do partido na Casa Legislativa **e**, por consequência, **a possibilidade** de determinação de várias prerrogativas ao partido, **como resultado** de previsões constitucionais e infraconstitucionais (...).*
(**Grifei.**)

Embora a coligação *não possua* personalidade jurídica (ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA, "**Curso de Direito Eleitoral**", p. 245, item n. 1.7.2, 4. ed., 2010, JusPODIVM), **qualificando-se**, *antes*, **como** uma verdadeira *quase* pessoa jurídica (**ou** pessoa jurídica *fictícia*), **o fato** é que o magistério jurisprudencial do E. Tribunal Superior Eleitoral **a classifica** como "*pessoa jurídica 'pro tempore*'" (**Acórdão 24.531**, Rel. Min. LUIZ CARLOS MADEIRA), **investida** de capacidade processual **que lhe permite** *estar em juízo*, **atuando**, perante a Justiça Eleitoral, *como se um único partido fosse*, **não obstante** integrada **por diversas** agremiações coligadas, **a quem** compete designar um representante **que disporá**, *nessa condição*, **de atribuições próprias** de presidente de partido político, **para efeito** de velar pelos interesses da coligação **e** de atuar, *sempre na perspectiva* do processo eleitoral, na representação institucional da coligação partidária.

Vale referir, *no ponto*, **a precisa** análise feita por ADRIANO SOARES DA COSTA ("**A Coligação e a sua Natureza Jurídica. Proclamação dos eleitos e diplomação**"):

> ***A coligação*** *é a união dos partidos políticos que a integram,* ***durante*** *o processo eleitoral,* ***atuando*** *para todos os fins* ***como um único partido político***. ***A sua natureza jurídica é definida*** *na legislação eleitoral.* ***O Código Eleitoral*** *(Lei 4.737/65),* ***em seu art. 105****, com a redação dada pela Lei 7.454/85,* ***dispõe*** *que "fica facultado a 2 (dois) ou mais Partidos coligarem-se para o registro de candidatos comuns a deputado federal, deputado estadual e vereador".* ***O § 1º do art. 6º*** *da Lei 9.504/97* ***delimita*** *adequadamente a sua estruturação* ***e*** *funcionamento,* ***prescrevendo****: "A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários".*
>
> ***Note-se: a coligação se sub-roga nos direitos e deveres dos partidos políticos frente a terceiros****, como os* ***demais*** *partidos políticos* ***e a própria*** *Justiça Eleitoral.* ***Os partidos políticos cedem à coligação a autonomia*** *das suas decisões,* ***funcionando*** *como um único partido político.* ***Mais ainda****: a função precípua da coligação é registrar,* ***em seu nome****, candidatos para as vagas em disputa.*
>
> ***Definida a sua formação*** *nas convenções* ***de cada um*** *dos partidos políticos* ***que a compõem***, ***observando*** *as normas definidas em seus estatutos (art. 7º da Lei 9.504/97),* ***as coligações proporcionais*** *pedirão o registro dos candidatos* ***até o dobro*** *do número de lugares a preencher (§ 1º do art. 10 da Lei 9.504/97),* ***diferentemente*** *do partido político isolado, que poderá concorrer apresentando até 150% do número de lugares a preencher.* ***E essa diferença de tratamento*** *decorre de um fato simples: "****a coligação*** *de partidos* ***fortalece*** *os seus candidatos* ***na obtenção*** *do quociente eleitoral* ***e na luta*** *por cadeiras do legislativo".*
>
> ***O § 3º do art. 10*** *determina que cada partido ou coligação preencha no mínimo 30% do número de vagas de um mesmo sexo. Se a coligação é formada pelos partidos A, B e C, o cômputo dos 30% é feito pela nominata constante no pedido de registro de candidatura, independentemente da sigla a que pertençam. É dizer, um partido poderá inscrever mais mulheres do que outro, que, individualmente, não alcance aquele mínimo legal.*
>
> ***Quem registra*** *os candidatos* ***para concorrerem*** *no processo eleitoral* é a coligação, ***e não*** *os partidos políticos* ***que a compõem*** *(art. 11, "caput" da Lei 9.504/97).* ***Do mesmo modo***, **é a coligação** *quem pode substituir candidato inelegível, que tenha renunciado ou falecido, na forma do art. 13).* ***A substituição será feita*** *por "decisão da maioria absoluta dos órgãos executivos de direção dos partidos coligados,* ***podendo*** *o substituto ser filiado a qualquer partido dela integrante, desde que o partido ao qual pertencia o substituído renuncie ao direito de preferência"* (§ 2º do art. 13*).*
>
> ***Como se pode observar****, nas eleições proporcionais, vota-se nominalmente em lista aberta de candidatos apresentados por partidos políticos isolados* ***ou por coligação*** *de partidos políticos.* ***Por essa razão***, ***o cômputo dos votos válidos*** *para a definição dos candidatos que ocuparão as vagas em disputa* **é feito observando**, ***para a formação*** *do quociente eleitoral* ***e*** *partidário,* ***a existência de coligação****, tomando-se a coligação como sendo um partido político. (...).*
>
> *(...)*

***Os votos** do candidato **são computados para a coligação**, condicionada a sua validade ao deferimento do registro de candidatura pedido pela sua coligação ou, subsidiariamente, pelo próprio candidato.*

***Há duas regras de ouro** para o preenchimento das vagas pelos candidatos (...): (**a**) **o preenchimento dos lugares** com que cada partido **ou coligação** for contemplado **far-se-á** segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos (**§ 1º** do art. 109 do Código Eleitoral), **e** (**b**) **só poderão concorrer** à distribuição dos lugares os partidos **e coligações** que tiverem obtido quociente eleitoral (**§ 2º** do art. 109 do Código Eleitoral).*

***É dizer**: tanto os partidos políticos, isoladamente, **como as coligações deverão obter o quociente eleitoral**, ficando as suas vagas definidas pela ordem de votação. **Insista-se**, então: **as coligações são contempladas** "**segundo a ordem de votação** recebida **pelos seus** candidatos".*

***Os suplentes são aqueles efetivos** **não** **eleitos mais votados** sob a mesma legenda partidária **ou sob a mesma coligação**, que compõem as listas registradas. **Em uma interpretação sistemática**, a legislação eleitoral **equipara** o tratamento dado à coligação àquele dado aos partidos políticos, **razão pela qual denomina quociente partidário** um índice que de igual modo se aplica à coligação. (...).*

(...)

Como se pode observar, a coligação é um partido político temporário, cuja existência se encerra após a proclamação dos eleitos. Nada obstante, permanece válido e eficaz o ato jurídico de proclamação dos eleitos e o diploma outorgado aos suplentes como suplentes, na ordem da proclamação dos resultados.

***O 1º suplente da coligação é 1º suplente para ocupar a vaga do titular eleito pela coligação não porque** a coligação continue existindo, **mas**, sim, **porque existe** a proclamação dos resultados das eleições **e** a diplomação dos suplentes, **na ordem definida naquela**. As coligações **deixam** de existir; **o resultado das eleições persiste** no tempo, **sendo eficaz e vinculante**. **Afinal**, **para que se diplomar** o 1º suplente da coligação **como o primeiro** na ordem dos não eleitos, se o diploma tivesse apenas uma natureza honorífica e inútil?*"

(**Grifei**.)

Essa percepção da matéria, *tal como exposta* **na lição** que se vem de reproduzir, **revela que são inconfundíveis** a existência (*meramente transitória*) da coligação partidária, *de um lado*, **e** a eficácia (*permanente*) dos resultados eleitorais por ela obtidos, *de outro*.

Ou, *em outras palavras*: **a transitoriedade** da coligação **não** se confunde com os efeitos dos atos por ela praticados **e** dos resultados eleitorais por ela obtidos, **que permanecem** válidos **e** eficazes.

Ao conferir precedência *ao suplente da coligação*, a ilustre autoridade apontada como coatora, **observando** diretriz **que tem prevalecido**, *por décadas*, **no âmbito** da Justiça Eleitoral, *certamente considerou* **a vontade coletiva** dos partidos políticos, que, **fundados** na autonomia **que lhes outorgou** a própria Constituição da República (**ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **uniram-se**, *transitoriamente*, **em função** do processo eleitoral, **para**, *em comum*, **e** *fortalecidos* pelo esforço solidário *de todos*, **atingir** objetivos que, *de outro modo*, **não** conseguiriam implementar *se atuassem* isoladamente.

Tratando-se de eleições proporcionais, **e como** a distribuição de cadeiras entre os partidos políticos é realizada em razão da votação por eles obtida, **não** se desconhece que, *fora das coligações*, **muitas** agremiações partidárias, atuando isoladamente, *sequer* conseguiriam eleger **seus próprios** candidatos, eis que incapazes, *elas mesmas*, de atingir o quociente eleitoral.

No entanto, tal seria possível **se** as agremiações, **disputando** o processo eleitoral, **o fizessem** no âmbito **de uma coligação partidária**, pois **mais** facilmente alcançável, por essa união **transitória** de partidos políticos, **o quociente eleitoral** necessário **à distribuição** de lugares nas Casas legislativas, **especialmente** porque viável, **presente** esse contexto, **a obtenção** de resultados eleitorais **positivos**, **considerada**, *para tanto*, a possibilidade de cômputo de votos **autorizada** pelo que dispõem os arts. 107 **e** 108, **ambos** do Código Eleitoral, **que estabelecem**, uma vez definido **o respectivo** quociente partidário *para a coligação* (**CE**, art. 107), **que estarão eleitos tantos** candidatos registrados **por determinada** coligação **quantos** o respectivo quociente partidário **indicar**, "*na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido*" (**CE**, art. 108).

Acentue-se, *por necessário*, que, **tratando-se** *de coligações partidárias*, os votos **válidos** atribuídos **a cada um** dos candidatos, **não obstante** filiados estes **aos diversos** partidos coligados, **são computados em favor** *da própria* coligação partidária, **além de considerada** tal votação **para efeito** dos cálculos **destinados** à determinação do quociente eleitoral **e** do quociente partidário, **a significar**, *portanto*, que esse cômputo dos votos válidos, **efetuado para fins** de definição dos candidatos **e** dos lugares a serem preenchidos, **deverá** ter *como parâmetro* **a própria** existência *da coligação partidária* **e não** a votação dada *a cada um* dos partidos coligados.

Importante destacar, *ainda*, **a advertência** de RODRIGO CORDEIRO DE SOUZA RODRIGUES ("**Partidos e Coligações: A Sucessão dos Suplentes**"), *especialmente* **quando assinala que a rejeição** do critério adotado pela Justiça Eleitoral (**e observado**, *há mais de quatro décadas*, pela Mesa da Câmara dos Deputados), *tal como postulada* pelo ora impetrante, **poderá implicar** cerceamento *do direito das minorias*, com **gravíssimas** distorções **descaracterizadoras** da essência do regime democrático:

> ***Embora a formação de coligações*** *possa provocar distorções na vontade popular, e não é isso que se questiona aqui,* ***o entendimento do STF****, ao que parece,* ***desviou-se do fim primordial das coligações****,* ***que é justamente propiciar*** *a junção de partidos hipossuficientes,* ***os quais****, isolados,* ***jamais conseguiriam*** *participar do Poder Legislativo.*
>
> ***Todavia****, repise-se,* ***o entendimento*** *adotado pela Corte de Justiça Pátria,* ***ao partir*** *de uma premissa imposta em outro julgamento anterior,* ***esqueceu-se*** *de que* ***as coligações são verdadeiros partidos****,* ***cuja unidade precisa ser considerada durante toda legislatura****.* ***Do contrário****, sepultar-se-ão as coligações dos grandes partidos com aqueles partidos nanicos,* ***os quais****, ainda que unidos,* ***dificilmente****,* ***conseguirão coeficiente necessário*** *para a devida representatividade.*
>
> *(...)*

Aqui, os ***maiores*** *prejudicados* ***não são*** *os candidatos dos pequenos partidos,* ***mas o povo*** *que votou em candidatos* ***de uma coligação*** *(que deveria possuir ideologias simétricas)* ***e não terá*** *o direito de ver os* ***representantes preferidos dessa coligação*** *(conforme votação distribuída internamente)* ***exercerem*** *as suas atribuições,* ***o que violaria****, no dizer de Caio Mario de Silva Velloso e Walber de Moura Agra,* ***a legitimação democrática****.*
(**Grifei**.)

Preocupa-me, *sobremaneira*, **o fato** de que *a eventual inobservância* do critério *até agora* prevalecente **poderá** importar, *pela desconsideração* dos propósitos **que animam** a formação de coligações partidárias, **em grave marginalização** dos grupos minoritários em sua disputa pelo poder, **o que culminaria por reduzir**, *esvaziando-o*, **o coeficiente** de legitimidade democrática **que deve qualificar** as instituições do Estado brasileiro.

Na realidade, esse tema – **o da preservação** do direito das minorias **que buscam**, pela via democrática do processo eleitoral, **o acesso** às instâncias de poder – **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **a própria agenda** desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que nela encontram fundamento legitimador.

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, **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 tal aspecto, **a advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/189-194):

É que só há verdadeira república democrática *onde se assegure* ***que as minorias*** *possam atuar,* ***erigir-se*** *em oposição institucionalizada* ***e tenham garantidos seus direitos*** *de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação.* ***Onde****, enfim,* ***as oposições*** *possam usar* ***de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo****.* ***Há república*** *onde,* ***de modo efetivo****, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.*

(...)

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**.)

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.

Tenho por relevantes, *por extremamente relevantes*, **as observações** que fez o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **Relator do MS** 30.459-MC/DF, **quando** do exame, naquela sede mandamental, de pleito cautelar **formulado** em contexto **idêntico** ao que ora se analisa:

(...) a Constituição Federal adotou, expressamente, o sistema proporcional para os cargos no âmbito Legislativo Federal, Estadual e Municipal, fixou as hipóteses em que o suplente será convocado e definiu, "a posteriori", que os partidos poderão formar amplas coligações partidárias, inclusive, sem qualquer coerência com as esferas nacional, estadual e municipal.

***Coube**, então, à legislação infraconstitucional **disciplinar** a forma como os candidatos são escolhidos pelo sistema proporcional brasileiro, **a partir de dois grandes vetores constitucionais**, **a saber**: a autonomia partidária na formação de coligações **e** a soberania popular.*

***Nesse diapasão**, o Código Eleitoral, **após regulamentar a fórmula em que são calculados** o quociente eleitoral **e** o quociente partidário (arts. 106 e 107 da Lei 4.737/65), **fixou o critério** para a elaboração da lista dos eleitos e respectivos suplentes.*

***Na sequência**, destaco que o art. 108 do referido diploma normativo **estabelece** que "estarão eleitos **tantos** candidatos registrados por um Partido ou coligação **quantos** o respectivo quociente partidário indicar, **na ordem** da votação nominal que cada um tenha recebido (...)".*

***Em outras palavras**, **a lista dos eleitos da coligação de partidos é formada** pelos candidatos **mais** votados, **sendo que a ordem de suplência** segue, evidentemente, **a mesma** lógica, **qual seja**, do **mais** votado **não** eleito (1º suplente) **até** o **menos** votado **não** eleito (último suplente) **da coligação**.*

***Destaco**, por relevante, **que**, **no espírito da redemocratização**, a Lei 7.454, de 30 de dezembro de 1985, **alterou** dispositivos do Código Eleitoral **para assentar** que cada Partido **poderá** usar sua própria legenda **sob a denominação de coligação e que** "**a Coligação** terá denominação própria, **a ela assegurados** os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos **no que se refere** ao processo eleitoral, **aplicando-lhe**, também, **a regra** do art. 112 da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, **quanto à convocação** de Suplentes" (art. 4º, parágrafo único).*

***Na mesma linha**, **o art. 6º** da Lei das Eleições **estabelece** que é "facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário". **Em seguida**, **o § 1º** do mesmo dispositivo **assenta** que:*

> *"**A coligação terá** denominação própria, **que poderá** ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, **sendo a ela atribuídas** as prerrogativas e obrigações de partido político **no que se refere** ao processo eleitoral, **e devendo funcionar como um só partido** no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários."*

***Em suma**, no sistema proporcional adotado pelo legislador brasileiro, **a formação da lista de eleitos e suplentes** é feita a partir dos candidatos **mais** votados e apresentados **por determinada coligação** que possui direitos assegurados por lei.*

***De outro lado**, **não desconheço**, é verdade, **que as coligações partidárias são criadas**, especificamente, **para atuar** em determinado período (**do registro** de candidatura **até a diplomação** dos candidatos eleitos e respectivos suplentes). **Todavia**, os seus efeitos **projetam-se** para o futuro, **em decorrência lógica** do ato de diplomação dos candidatos eleitos e seus respectivos suplentes. **Tanto é assim**, que as coligações **podem figurar** como parte em processos eleitorais (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e Recurso Contra Expedição de Diploma) **com evidente legitimidade ativa** "ad causam", **mesmo após** a diplomação, na fase pós-eleitoral.*

(...)

***Portanto**, proclamada a ordem de votação dos candidatos eleitos e seus respectivos suplentes da coligação partidária, **formada estará a lista** que será obedecida por ocasião da diplomação, **nos termos** do art. 215 do Código Eleitoral, "in verbis":*

*"**Os candidatos eleitos**, **assim como os suplentes**, **receberão diploma** assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso."*

***E**, **uma vez diplomados** os candidatos eleitos **e consolidada a ordem** dos respectivos suplentes, **torna-se a diplomação** um ato jurídico perfeito e acabado, **somente podendo** ser desconstituída nos casos **estritamente** previstos na legislação eleitoral e na Constituição, **resguardados**, evidentemente, os princípios do devido processo legal.*

***Afasto**, por fim, **na espécie**, **os precedentes invocados que tratam** do instituto da fidelidade partidária (**MS** 26.602, **MS** 26.603 **e MS** 26.604) uma vez que estes julgados **não versaram** sobre a investidura de suplentes na hipótese de vacância regular na cadeira do titular, **assentando** apenas que o mandato **pertence** ao partido **quando verificada** a infidelidade partidária, **sem** justa causa.*

***Em outros termos**, **a perda** de mandato por infidelidade partidária* **é matéria totalmente diversa** *da convocação de suplentes no caso de vacância regular do mandato eletivo (...).*

***Ressalte-se**, mais, que, **nos casos** de investidura em cargos do Executivo, o parlamentar **faz** uma opção política **sem** nenhum prejuízo para a legenda que consentiu e é beneficiária do cargo, já nos casos de infidelidade partidária sem justa causa, o partido é inequivocamente prejudicado.*

***Por fim**, **consigno que o quociente eleitoral que assegurou** lugar na cadeira de Deputado a determinado candidato **foi formado pelos votos da coligação partidária e não** do partido isolado. (...).*

(**Grifei**.)

Todas essas razões, *notadamente* as expostas pelo eminente Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, **Ministro** RICARDO LEWANDOWSKI, **convencem-me da improcedência** dos fundamentos **e** do pedido **formulados** nesta sede mandamental.

Devo considerar, *agora*, **um outro fundamento**, *este expressamente invocado* pela União Federal, **e que concerne à necessidade** de se observar, *na espécie*, *o princípio da segurança jurídica*:

***A sistemática da investidura na suplência do parlamentar licenciado**, defendida na inicial,* **é nova e muda o sentido** *de como os dispositivos normativos que regem a matéria devem ser interpretados. **O ato impugnado observou** a sistemática adotada **segundo a interpretação de décadas** da lei de regência. **Alterá-la após o término** das eleições **significa surpreender** partidos, **participantes** do pleito **mediante** coligações e eleitores, **quanto ao resultado** do jogo eleitoral.*

***Sob outro prisma**, embora seja prática frequente no Congresso Nacional, **em nenhum momento** o Colegiado dessa Suprema Corte **enfrentou** o tema "**convocação** de suplentes **em razão** de vacância **por afastamentos previstos no art. 56** da Constituição da República". O único precedente acerca da matéria é o MS 28.143/MS, decidido monocraticamente pelo Ministro Ricardo Lewandowski, cuja decisão foi exatamente contrária à tese do impetrante.*

O "writ"**, em verdade, **veicula proposta de mudança na compreensão da norma**, o que implica **inovação** das regras do jogo que tocam direitos. **Caso adotada** a nova sistemática, **esta deve valer a partir** das próximas eleições, **sob pena de inadmissível surpresa** aos eleitores **e** aos participantes do jogo político-eleitoral, **situação que

***fere**, irremediavelmente, **os postulados** da proteção da confiança **e** da segurança jurídica, **conforme consignou** o Supremo no julgamento **do referido** MS 26.603/MS.*

***Assim sendo**, caso seja confirmado o novo entendimento trazido na inicial da impetração, **pugna-se** pela aplicação da técnica do "prospective overruling" para que o marco legal seja fixado **a partir** do julgamento definitivo **do primeiro** caso específico da matéria a ser julgado por essa Corte e, por consequência, indeferida a ordem, por irretroatividade da nova jurisprudência.*

(**Grifei**.)

Tenho para mim, *com toda vênia*, que, *se prevalecer* o entendimento firmado **pelo Plenário** desta Suprema Corte no julgamento **de pleito cautelar** deduzido **no MS 29.988-MC/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *poderá vir a ocorrer* uma **substancial** revisão de padrões jurisprudenciais *até agora* observados pela Justiça Eleitoral (**inclusive** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral), **com a consequente** *ruptura de paradigma* **dela** resultante, **o que imporá** a necessidade de definir o momento a partir do qual essa **nova** diretriz deverá ter aplicação, **considerada a exigência** de respeito ao postulado da segurança jurídica.

O que me parece irrecusável, *nesse contexto*, **é o fato** de que a posse do suplente (**vale dizer**, *do primeiro suplente da coligação partidária*), no caso em exame, processou-se **com a certeza** de que se observava a ordem **estabelecida**, *há décadas*, pela Justiça Eleitoral, **e definida**, *quanto à convocação de suplentes*, **segundo** o que prescreve o art. 4º, "*caput*", da Lei 7.454/1985.

Havia, *portanto*, no contexto em exame, **um dado objetivo**, apto a gerar **a expectativa** *da plena validade* jurídico-constitucional dos atos de diplomação, *para efeito* de convocação dos suplentes, **considerada** a ordem de votação **obtida** *pela coligação partidária*.

Esta Suprema Corte, **tendo em vista** as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – **tais como** *a de conferir previsibilidade* às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, *a de atribuir estabilidade* às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, *a de gerar certeza* quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes **e** *a de preservar*, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos (**e** dos candidatos **e** das respectivas coligações partidárias) nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, **mesmo** em temas de índole constitucional (**RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar**, **nas hipóteses** de revisão **substancial** da jurisprudência **derivada** *da ruptura de paradigma*, **a não incidência**, sobre situações **previamente** consolidadas, **dos novos** critérios *que venham a ser consagrados* pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse entendimento **não é estranho** à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **que já fez incidir** o postulado da segurança jurídica em questões várias, **inclusive** naquelas **envolvendo** relações de direito público (**MS 24.268/MG**, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **MS 24.927/RO**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, *v.g.*) **e**, *também*, de caráter político (**RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **cabendo mencionar** decisão do Plenário **que se acha consubstanciada**, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

– ***Os precedentes*** *firmados pelo Supremo Tribunal Federal* ***desempenham*** múltiplas ***e*** *relevantes funções no sistema jurídico,* ***pois lhes cabe conferir previsibilidade*** *às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas,* ***atribuir estabilidade*** *às relações jurídicas constituídas sob a sua égide* ***e*** *em decorrência deles,* ***gerar certeza*** *quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados* ***de acordo*** *com esses mesmos precedentes* ***e preservar****, assim,* ***em respeito*** *à ética do Direito,* ***a confiança*** *dos cidadãos nas ações do Estado.*

– ***Os postulados*** *da segurança jurídica* ***e*** *da proteção da confiança,* ***enquanto*** *expressões do Estado Democrático de Direito,* ***mostram-se impregnados*** *de elevado conteúdo ético, social* ***e*** *jurídico,* ***projetando-se*** *sobre as relações jurídicas,* ***inclusive*** *as de direito público,* ***sempre*** *que se registre alteração* ***substancial*** *de diretrizes hermenêuticas,* ***impondo-se*** *à observância* ***de qualquer*** *dos Poderes do Estado* ***e****, desse modo,* ***permitindo*** *preservar situações* ***já consolidadas*** *no passado* ***e anteriores*** *aos marcos temporais* ***definidos*** *pelo próprio Tribunal.* ***Doutrina****.* ***Precedentes****.*

– ***A ruptura*** *de paradigma* ***resultante*** *de* ***substancial*** *revisão de padrões jurisprudenciais,* ***com o reconhecimento do caráter partidário*** *do mandato eletivo proporcional,* ***impõe****,* ***em respeito à exigência*** *de segurança jurídica* ***e ao princípio*** *da proteção da confiança dos cidadãos,* ***que se defina*** *o momento* ***a partir*** *do qual terá aplicabilidade* ***a nova*** *diretriz hermenêutica.*

– ***Marco temporal*** *que o Supremo Tribunal Federal* ***definiu*** *na matéria ora em julgamento****: data*** *em que o Tribunal Superior Eleitoral* ***apreciou*** *a Consulta 1.398/DF (****27-3-2007****)* ***e****, nela,* ***respondeu****,* ***em tese****,* à indagação *que lhe foi submetida.*

(**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Vale mencionar, por oportuno, *a título de mera ilustração*, **que também a prática jurisprudencial** da Suprema Corte dos EUA **tem observado** esse critério, **fazendo-o incidir** *naquelas hipóteses* **em que sobrevém alteração substancial** de diretrizes que, *até então*, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, **inclusive** em matéria penal.

Refiro-me, *não só* ao conhecido caso "*Linkletter*" – **Linkletter v. Walker**, 381 **U.S.** 618, 629, 1965 –, **como**, *ainda*, **a muitas outras** decisões daquele Alto Tribunal, **nas quais** se proclamou, *a partir* de certos marcos temporais, **considerando-se** determinadas premissas **e com apoio** na técnica do "*prospective overruling*", **a inaplicabilidade** *do novo* precedente a situações **já consolidadas** no passado, *cabendo relembrar*, dentre vários julgados, os seguintes: **Chevron Oil Co. v. Huson**, 404 **U.S.** 97, 1971; **Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.**, 392 **U.S.** 481, 1968; **Simpson v. Union Oil Co.**, 377 **U.S.** 13, 1964; **England v. State Bd. of Medical Examiners**, 375 **U.S.** 411, 1964; **City of Phoenix v. Kolodziejski**, 399 **U.S.** 204, 1970; **Cipriano v. City of Houma**, 395 **U.S.** 701, 1969; **Allen v. State Bd. of Educ.**, 393 **U.S.** 544, 1969, *v.g.*

Todas essas razões, portanto, *estimuladas*, **no caso** em exame, **pela existência** de uma prática institucional **consolidada** há décadas, *não me permitem deferir* o pleito mandamental veiculado **nesta** sede processual, *não se me revelando adequado invalidar* uma situação jurídica que se constituiu *com estrita observância* de sólidos precedentes jurisprudenciais firmados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral.

Oportuno registrar, *bem por isso*, **passagem** do douto parecer que o eminente Procurador-Geral da República, Dr. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS, **produziu** nestes autos:

> *29. O Tribunal Superior Eleitoral* ***tem jurisprudência firme*** *sobre o tema,* ***utilizando-se****, sempre,* ***como razão de decidir****,* ***do princípio da soberania popular*** *que deve nortear a resolução de questões dessa natureza.* ***Dentre*** *os inúmeros julgados nesse sentido,* ***cite-se*** *a Resolução 19.319, assim ementada:*
>
> > *"****Suplente****.* ***Deputado Federal****.* ***Vaga****.* ***Convocação de suplente*** *(****Precedentes****: Resolução 13.605 e Acórdão 8.712).*
> >
> > *–* ***Ocorrendo vaga****,* ***será convocado o suplente****, na ordem rigorosa da votação nominal,* ***e de acordo*** *com a sua classificação (art. 50, par. único, Resolução 13.266/86),* ***passando a exercer o mandato*** *sob a legenda do Partido no qual estiver filiado,* ***mesmo*** *que com isso seja diminuída a representação de outro, integrante da mesma Coligação,* ***mas respeitado o princípio da votação majoritária e a vontade do eleitor****. (...)."*
>
> *30.* ***Em ocasião mais recente****, negou-se provimento, à unanimidade, a recurso (****RMS 640****, em 14 de abril de 2009)* ***voltado contra decisão que****, de igual modo,* ***considerou legítima a convocação de suplente de coligação*** *integrada pelo partido em que, naquele caso, ocorreu a vacância – e não do próprio partido.* ***Acolheu o Relator****, Ministro Fernando Gonçalves,* ***acompanhado*** *pelos demais integrantes do colegiado,* ***o pronunciamento ministerial****, no sentido de que:*
>
> > *"****A coligação funciona com um único partido****,* ***estando****, inclusive,* ***expressamente consignado****, nos arts. 108 e 112,* ***ambos*** *do Código Eleitoral,* ***o procedimento dos eleitos*** *por uma coligação* ***e a convocação*** *dos suplentes da coligação, respectivamente. (...)*
> >
> > ***Evidencia-se****, portanto,* ***que o caso tratado*** *nos presentes autos é* regulado *pelo Código Eleitoral,* ***não restando dúvidas*** *de que o mandato* ***deve*** *ser suprido por candidato* ***suplente*** *da coligação,* ***por ser esta*** *uma unificação de partidos, que por livre vontade/acordo os partidos, assim, desejaram.*"

(**Grifei**.)

Vê-se, *daí*, Senhor Presidente, **que se impõe preservar** *essa correta* **e** *consolidada* prática institucional que o E. Tribunal Superior Eleitoral **fez instaurar**, *em tema de coligações partidárias*, **há mais** de 40 anos.

Esta Suprema Corte, **ao assim proceder**, *estará conferindo posição eminente* **aos postulados** da segurança jurídica, da boa-fé objetiva **e** da proteção da confiança, *que se mostram impregnados* – **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito – de elevado conteúdo ético, social **e** jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **mesmo** as de direito público (**RTJ 191/922**), *em ordem a conformar e regrar* comportamentos *de qualquer* dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, situações *já consolidadas* no passado.

Sendo assim, e em face das razões expostas, *peço vênia* **para denegar** o presente mandado de segurança, **acompanhando**, *em consequência*, **o magnífico** voto **proferido** pela eminente Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A essa altura, realmente, não teria nada para acrescentar, mas, enfim, pelo dever de motivação, vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio, para acompanhar a maioria e dizer que realmente, tal como está estruturada hoje, a coligação é, realmente, um corpo estranho no sistema eleitoral brasileiro. A coligação, para mim, teria sentido, se fosse desenhada como instrumento de formulação e execução de programa de governo. Na verdade, o Ministro Marco Aurélio o demostrou muito bem, a coligação tem apenas sentido pragmático de facilitar, obter vantagens no processo eleitoral, sem nenhum compromisso com os programas partidários, e por isso é que ela de fato me parece incompatível com o dogma da fidelidade partidária.

Participo integralmente de todas as preocupações do Ministro Gilmar Mendes, mas do ponto de vista prático, exatamente porque é corpo anômalo no sistema constitucional brasileiro, ela leva, entre outras, a essas incongruências que também foram ressaltadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski em relação à posse de suplentes que tiveram votação absolutamente insignificante, incapaz de representar alguma coisa, e à eventual necessidade de se fazer a eleição para eleger 29 suplentes, o que seria despropósito do ponto de vista prático.

Por essas razões é que, não obstante participando de todas as preocupações do Ministro Gilmar Mendes e, de certo modo, também do que disse o Ministro Marco Aurélio, denego a segurança e, antes de proclamar o resultado, consulto o Tribunal se, diante da votação, expressiva, não seria o caso de autorizar os senhores Ministros a decidirem monocraticamente os processos idênticos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, acho que estamos de acordo. Já começaram a surgir reclamações exatamente no mesmo sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, proclamo o resultado, primeiro, indeferiram admissão do *amicus curiae*, por unanimidade; dois...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A situação é confortável para aqueles que concluíram pelo indeferimento da ordem, mas, para mim, não é.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não há problema, Excelência. Limpando o seu gabinete, Vossa Excelência vai ficar confortável também. Indeferiram a admissão de *amicus curiae*, por unanimidade**.**

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Prometo que não vou tecer novamente as considerações que fiz, trazendo ao Plenário outros mandados de segurança.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Rejeitaram todas as preliminares por unanimidade. Denegaram a ordem, contra o voto do Ministro Marco Aurélio, e autorizaram que os Senhores Ministros decidam, monocraticamente, casos idênticos. Está encerrada a sessão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Presidente, na proclamação...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Aliás, prejudicados os agravos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Prejudicados os agravos e cassadas as liminares.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A cassação das liminares é consequências inexorável da denegação da ordem.

EXTRATO DA ATA

MS 30.260/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Impetrante: Carlos Victor da Rocha Mendes (Advogados: Carlos Magno Soares Carvalho e outros). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Liticonsortes passivos: Carlos Alberto Lopes e Partido da Mobilização Nacional – PMN.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a admissão de *amicus curiae* e rejeitou todas as preliminares. No mérito, por maioria, contra o voto do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal denegou a segurança, cassadas as liminares e prejudicados os agravos regimentais, nos termos do voto da Relatora. Autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente os casos idênticos. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo impetrante (MS 30.272), o Dr. Arthur de Castilho Netto; pelo impetrante (MS 30.260), o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelos litisconsortes passivos (MS 30.272) Jairo Ataíde Vieira, João Bittar Júnior e DEM-Democratas (Comissão Executiva Nacional), respectivamente, o Dr. Farley Soares Menezes, o Dr. Carlos Bastide Horbach e o Dr. Fabrício Mendes Medeiros, e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

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, 27 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 82.899 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Raphael Munhoz — Impetrantes: Guilherme Madi Rezende e outro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Processo. Audiência. Inquirição de testemunhas da acusação. Réu preso ausente, embora requisitado. Ato realizado a pedido do defensor constituído. Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade inexistente. *Habeas corpus* denegado. Precedentes. Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Raphael Munhoz*, contra acórdão denegatório do **RHC 13.281** no Superior Tribunal de Justiça.

O paciente foi condenado à pena de dois anos e oito meses de reclusão pela prática do crime de estupro na forma tentada. Por força de decisão proferida em sede de *habeas corpus* perante a Corte estadual (fls. 458-460, apenso 3), o processo foi anulado a partir da segunda audiência de instrução, diante da não apresentação do réu. Na oportunidade, expediu-se alvará de soltura em favor do paciente.

A defesa sustentou que o processo deveria ser anulado desde a primeira audiência de instrução, em que o réu também não foi apresentado, inobstante ter sido realizada com o consentimento do advogado então constituído. Com esse fundamento, impetrou recurso ordinário constitucional ao STJ, desprovido nos seguintes termos:

> *Criminal. RHC. Estupro tentado. Ausência do réu em audiência. Falta de arguição no momento oportuno. Prejuízo não demonstrado. Recurso desprovido.*
>
> I – A ausência do acusado na audiência de oitiva de testemunhas da acusação, bem como da vítima, não constitui nulidade, se demonstrado que o seu defensor estava presente e não levantou qualquer arguição para salientar o não comparecimento

do acusado, pois não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo objetivamente comprovado para a defesa, ainda mais se evidenciada a assistência integral de advogado.

II – A nulidade relativa, no processo penal, deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

III – Recurso desprovido.

(Fl. 504, apenso 3.)

Na presente impetração, invocando os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, alegam os impetrantes que deve ser anulado o processo desde a primeira audiência de instrução, determinando-se nova oitiva, agora com a presença do paciente.

A liminar foi indeferida (fl. 26).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 29-30).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Lembro que o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu a ordem para anular o processo desde a segunda oitiva de testemunhas de acusação, em que não compareceram nem o réu, nem seu defensor.

Requerem, aqui, os impetrantes, seja decretada a nulidade do processo desde a **primeira audiência de instrução**, determinando-se nova oitiva, com a sua presença.

Mas não lhes assiste razão.

É certo que a não apresentação de acusado preso, devidamente requisitado, constitui nulidade absoluta, e, como tal, pode ser arguida a qualquer tempo (**RHC 85.658**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 12-8-2005, *inter plures*). Mas, como tem entendido esta Corte, não há, no processo penal, nulidade, absoluta ou não, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu, ainda quando presumido.

É o que ocorre no caso. Verifico que o defensor constituído pelo acusado compareceu à audiência de oitiva das testemunhas de acusação, e dele partiu a proposta para que o ato se realizasse sem a presença do cliente. Instalada a sessão (fl. 81, em apenso), o defensor participou ativamente das oitivas, fazendo reperguntas a todas as testemunhas (fls. 84, 86 e 88, em apenso).

O acórdão impugnado considerou incidir no caso o disposto na **Súmula 523** ("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"). Tenho, no entanto, que não há falar aqui em *falta da defesa*, que se fez presente e atuante no ato cuja nulidade ora alega.

Trata-se de situação inteiramente diversa daquela de que se ocupou a Corte no julgamento do **HC 85.200** (Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 3-2-2006), e em que

o defensor presente à audiência havia sido indicado pelo Juízo e se absteve de exercer o direito a reperguntas.

Finalmente, saliento que não se trata, aqui, de relativizar o direito à audiência, derivado do princípio do devido processo legal. A Turma já se posicionou em que a falta de apresentação de réu preso constitui nulidade absoluta (**HC 86.634**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 23-2-2007). Por isso, insisto em que o fundamento do voto não está no caráter absoluto ou relativo da nulidade alegada, mas na ausência, **neste caso específico**, de prejuízo que tenha resultado ao paciente. Nesse sentido:

> O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas (...)
> (**HC 81.510**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 12-4-2002. No mesmo sentido: **HC 92.568**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 5-12-2008.)

2. Ante o exposto, **denego a ordem.**

EXTRATO DA ATA

HC 82.899/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Raphael Munhoz. Impetrantes: Guilherme Madi Rezende e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 87.089 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Edilson Alves Carmo — Impetrantes: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Delitos de roubo qualificado e de latrocínio. Crime continuado. Reconhecimento. Inadmissibilidade. Tipos de objetividades jurídicas distintas. Inexistência da correlação representada pela lesão do mesmo bem jurídico. Crimes de espécies diferentes. *Habeas corpus* denegado. Inaplicabilidade do art. 71 do Código Penal. Não pode reputar-se crime continuado a prática dos delitos de roubo e de latrocínio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, 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. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Edilson Alves Carmo*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o **HC 37.583**, com os mesmos objeto e pedido deste *writ*, o denegou, nos termos da ementa:

> *Criminal. HC. Roubo qualificado e latrocínio. Concurso de agentes. Participação dolosamente distinta. Inaplicabilidade. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Dosimetria. Atenuantes. Menoridade e confissão. Pena abaixo do mínimo. Impossibilidade. Vedação* à *progressão de regime. Constitucionalidade. Ordem denegada.*
>
> I. Tendo o acórdão transitado em julgado, a via estreita do *habeas corpus* não é própria para a sua desconstituição, salvo nos casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, hipótese não verificada no caso.
>
> II. O latrocínio é delito qualificado pelo resultado, sendo que o evento de maior gravidade (morte) pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa. Precedente.
>
> III. Em se tratando de crime de roubo, praticado com arma de fogo, todos que contribuíram para a execução do tipo fundamental respondem pelo resultado morte, mesmo não agindo diretamente na execução desta, pois assumiram o risco pelo evento mais grave. Precedentes.

IV. A incidência de circunstância atenuante genérica não reduz a pena abaixo do mínimo legal. Incidência da Súmula 231/STJ.

V. Acórdão que obedeceu ao critério trifásico de aplicação da pena, pautando-se pelos ditames do art. 68 do Código Penal, não se podendo falar, nesse aspecto, em constrangimento ilegal.

VI. Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF.

VII. No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima incidindo a regra do concurso material. Precedentes.

VIII. Ordem denegada.

(Fl. 377.)

O paciente foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 157, § 2º, I e II, e § 3º, c/c o art. 69, *caput*, do Código Penal, à pena de 26 anos de reclusão (fls. 77-123). A defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reajustou as penas pelo roubo e pelo latrocínio, para fixar a condenação em 25 anos e 4 meses de reclusão (fls. 124-144).

Impetrou-se, então, *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 46-76), sustentando haver discrepância entre a descrição do fato, a motivação e o dispositivo final do acórdão. Pleiteou a consideração das atenuantes da menoridade e da confissão, bem como fosse excluído o crime de latrocínio, com os consequentes ajustes na pena. Por fim, postulou o reconhecimento da continuidade delitiva.

Denegado o *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, a defesa reitera, neste pedido de *writ*, os mesmos argumentos (fls. 2-45).

Indeferi a liminar (fls. 368-369).

O STJ prestou informações (fls. 374-403).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 405-414).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Requer, em síntese, a defesa: **(i)** seja ajustada a pena imposta ao paciente e relativa ao primeiro fato, para que se reconheçam as atenuantes da menoridade e da confissão; **(ii)** seja ajustada a pena imposta ao paciente quanto ao segundo fato, para que seja excluída a imputação de latrocínio e substituída pela de roubo qualificado, reconhecendo-se as atenuantes da menoridade e da confissão; e **(iii)** seja afastado o concurso material e reconhecido o crime continuado.

2. Em relação ao primeiro pedido, transcrevo o trecho da sentença de primeiro grau sobre o cálculo da pena:

> Gilson, Edilson e Jomildo não ostentam antecedentes criminais e, por isso, as penas serão calculadas no mínimo legal, já se considerando a atenuante genérica da menoridade no que se refere a Edilson. Pelo roubo fixo a pena-base em quatro anos de reclusão; acresço-a em um meio, considerando-se as qualificadoras do emprego de arma e concurso de pessoas; torno-a definitiva em seis anos de reclusão. (...). Cumprirão pena de vinte anos de reclusão pela prática de latrocínio (...), estipulada acima do mínimo legal devido à forma qualificada.
> (Fl. 121.)

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça reformou a sentença nessa parte, nos seguintes termos:

> Gilson, Edilson e Jomildo passam a ficar com as seguintes penas: pelo roubo: base de 4 anos de reclusão (...), com majoração de um terço pelas qualificadoras, passando para 5 anos e 4 meses de reclusão (...); pelo latrocínio, 20 anos de reclusão (...).
> (Fl. 138.)

Nota-se, portanto, que, em relação a ambos os fatos, a pena-base foi fixada no mínimo legal. E, a tal respeito, o Plenário reafirmou a jurisprudência da impossibilidade de fixação de pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância atenuante genérica.

Improcedente o argumento de que as circunstâncias atenuantes não foram consideradas à fixação da reprimenda. Tais circunstâncias foram expressamente reconhecidas, mas não repercutiram no *quantum* da pena diante da impossibilidade de reduzi-la para aquém do mínimo legal.

3. Com relação ao segundo pedido, tenho que seu acolhimento exigiria verificação das circunstâncias do fato para desclassificação do delito de latrocínio para o de roubo qualificado. Tal pretensão demandaria exame das provas, inviável na via eleita, nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte (cf. **HC 82.625**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**; **HC 82.782, 82.493, 82.517, 82.246**, Rel. Min. **Ellen Gracie**; **HC 82.191**, Rel. Min. **Mauríco Corrêa**; **HC 82.128, 82.377, 82.839, 82.394**, Rel. Min. **Carlos Velloso**).

4. Por fim, não merece melhor sorte o pedido de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio.

Considero juridicamente admissível relação de continuidade entre ações de tipos penais diversos, quando praticadas nas mesmas circunstâncias de tempo, espaço e forma de execução, e seja idêntico o objeto jurídico dos crimes. É certo, no entanto, que isso não ocorre no caso.

Como acerta a decisão impugnada, "no delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima". Não há, pois, entre tais crimes, a correlação representada pela "lesão de **igual** bem jurídico, embora em diversos estágios de realização (tentativa e consumação), ou níveis distintos de proteção (furto simples e qualificado), ou, mesmo, protegido por diferentes tipos legais (injúria e difamação, furto e apropriação indébita)", e em

que a equivalência do tipo subjetivo supõe dolo unitário, de caráter geral ou de *continuação*, cuja necessidade

> é determinada pela própria natureza do **crime continuado**: a relação de continuação só pode existir no contexto de um **programa** ou **projeto** de realizar determinadas ações típicas em condições **comuns** de tempo, lugar, modo de execução etc.[1]

Por isso, impossível considerar que os crimes de roubo e de latrocínio sejam *da mesma espécie*, donde inaplicável o art. 71 ao caso.

5. Pelo exposto, **denego a ordem**.

EXTRATO DA ATA

HC 87.089/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Edilson Alves Carmo. Impetrantes: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

---

[1] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 413-414. Grifos do original.

HABEAS CORPUS 90.298 — RS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Rosane dos Santos da Silva — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

Ação penal. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. *Habeas corpus* concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inciso LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 8 de setembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Rosane dos Santos da Silva*, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar na **Apelação Criminal 2005.01.049671-1**, que negou provimento ao recurso.

A paciente foi condenada, como incursa nas penas do art. 251, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de dois anos de prisão, em razão de ter efetuado saques na conta de pensionista falecida, nos cinco meses posteriores ao óbito (fls. 10-14).

A defesa apelou, alegando estado de necessidade e insuficiência de prova ante a ilicitude da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. A ilicitude da prova foi reconhecida pelo Superior Tribunal Militar, que, porém, manteve a condenação, por maioria, aplicando ao caso o princípio da proporcionalidade (fls. 16-31).

A Defensoria Pública da União opôs embargos infringentes, que foram rejeitados (fls. 45-51).

Impetrou-se, então, o presente *writ*, alegando, em síntese, violação ao princípio constitucional da proibição de uso da prova ilícita. Requer a anulação do acórdão proferido por aquela Corte Superior, absolvendo-se a paciente por ausência de provas.

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão da ordem** (fls. 91-94).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. É caso de concessão da ordem.

A decisão do Superior Tribunal Militar reconheceu a ilicitude da única prova que sustenta a materialidade do fato, uma vez que a autoridade policial, em sede de investigação, quebrou o sigilo bancário da ora paciente sem autorização judicial. Afirmou, contudo, que a confissão posterior é suficiente para manter a condenação, e, diante da gravidade da conduta, invocou o princípio da proporcionalidade para negar provimento ao recurso da defesa.

Mas não me parece ser o caso.

A Constituição Federal, de maneira expressa, repudia a prova ilícita em processo judicial (art. 5º, LVI). Não é por outro motivo que esta Corte, de maneira reiterada, afirma a inexistência de justa causa para ação penal, onde a demonstração da autoria ou da materialidade decorra apenas de prova ilícita (**HC 70.277**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 18-3-1994), e determina sempre o desentranhamento de provas obtidas por meios ilícitos (**HC 82.862**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 13-6-2008).

A garantia constitucional da proibição da prova ilícita dá ao réu o direito de não ser denunciado, processado nem condenado com base em elementos probatórios obtidos ou produzidos em incompatibilidade com os limites ético-jurídicos que circunscrevem a atuação estatal no tocante à persecução penal. Nos termos próprios do Código de Processo Penal Militar, no art. 295, são inadmissíveis os meios de prova que atentem "contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares".

Nesse sentido, a prova ilícita – assim entendida como aquela que contraria proibição de natureza material – é desprovida de eficácia jurídica, na medida em que configura elemento inidôneo de informação.

É certo que parte da doutrina admite flexibilização desse princípio nos casos em que a coleta de provas diga respeito a outro valor fundamental, que se apresente mais relevante do que o bem violado com a prova ilícita. Trata-se, aqui, de recorrer à utilização do princípio da proporcionalidade para verificar, em determinado caso, se "outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada" [1].

Mas, como afirmam **Grinover**, **Scarance Fernandes** e **Gomes Filho**, ainda aqueles que defendem a mitigação de garantias individuais na obtenção de prova criminal somente a admitem, com caráter excepcional, "em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e

[1] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 82.

repugnantes, se inadmitida a prova ilícita"[2]. Ora, ainda que a invocação do princípio da proporcionalidade para admitir prova ilícita apresente contornos perigosamente subjetivos e imprecisos, não restam dúvidas de que não se cuida, aqui, de hipótese que legitime tal expediente.

A paciente, acusada de crime patrimonial, teve o sigilo bancário violado sem autorização judicial. Trata-se, portanto, de prova obtida ilicitamente, mediante violação de garantia constitucional. As informações obtidas por meio ilícito sustentaram, de maneira isolada, o oferecimento da denúncia. Considerar a possibilidade de ocorrência de infração penal, praticada sem violência, como suficiente para afastar a ilicitude da prova, equivale a esvaziar por completo a tutela constitucional da intimidade.

2. Reconhecidas a ilicitude e a consequente inadmissibilidade da prova, resta verificar se a confissão se presta como prova autônoma a conferir legitimidade à condenação.

Tenho que a resposta é negativa. Em primeiro lugar, a sentença relaciona, explicitamente, a materialidade do delito aos extratos bancários anexados aos autos (fl. 13), sem mencionar, em momento algum, a confissão.

E, ainda que assim não fosse, a declaração da ora paciente somente poderia ser adotada como prova desde que corroborada por outra fonte probatória **lícita**. Não foi o que ocorreu. A confissão foi obtida **após** a autoridade policial apresentar-lhe à ré os dados colhidos mediante a quebra ilícita de sigilo bancário. Assim, a própria confissão deriva de prova ilícita, como se vê:

> Até o momento em que a Recorrente foi intimada a prestar esclarecimentos perante o encarregado do Inquérito Policial Militar, havia evidências de que ela, na condição de procuradora da pensionista perante a administração militar, seria responsável pela omissão do comunicado do óbito, e pelos saques dos valores pagos indevidamente.
>
> Nesse ponto, o encarregado do inquérito, com o claro intuito de perseguir a materialidade do delito, enviou ofício ao gerente do Banco do Brasil, Agência Júlio de Castilhos (fl. 33), requerendo demonstrativo de movimentação financeira da conta corrente n. 60621-9, nomes e endereços das pessoas autorizadas a movimentar tal conta, cópia de procuração e de documento de entrega de cartão magnético e identificação do cartão utilizado na movimentação.
>
> (Fl. 28.)

A confissão, aqui, aparece como efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia do sigilo. Assim, a palavra da acusada, como meio de prova, também padece de igual ilicitude, agora por derivação.

Imprestáveis as provas que fundamentaram a condenação imposta à paciente, mister decretar-se-lhe a absolvição.

---

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 136.

3. Pelo exposto, **concedo a ordem**, para absolver a paciente, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.

EXTRATO DA ATA

HC 90.298/RS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Rosane dos Santos da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 8 de setembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 93.857 — RS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Marcelo Ferrigo — Impetrantes: Nereu Lima e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

1. Apelação criminal. Embargos infringentes. Reconsideração de voto. Alteração do julgamento da apelação. Impossibilidade. Julgamentos diversos. A interposição de embargos infringentes devolve ao tribunal a apreciação da matéria, de modo que os novos votos não produzem efeitos no julgamento anterior.

2. Ação penal. Crime. Indícios da existência do delito. Absolvição, em *habeas corpus*. Inadmissibilidade. Alegação que exigiria cognição completa do conjunto de provas. Providência inviável em pedido de *habeas corpus*. Precedentes. A absolvição por ausência de provas do delito requer o exame da matéria fático-probatória, providência inviável em *habeas corpus*.

3. Ação penal. Condenação. Sentença condenatória. Capítulo decisório. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal, sem razão idônea. Inadmissibilidade. Redução da pena. *Habeas corpus* concedido para esse fim. Precedentes. Arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF. A exigência constitucional da individualização da pena implica a necessidade de explicitação dos fatos que justificam a exasperação da sanção penal.

4. Sentença penal. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. *Habeas corpus* deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do Código Penal, e das Leis 6.368/1976, 8.072/1990 e 9.714/1998. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direito, caso presentes os demais requisitos legais.

5. Ação penal. Condenação. Pena privativa de liberdade. Pendência de recurso. Execução provisória. Inadmissibilidade. Inexistência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. Irrelevância. Ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LVII, da CF. Ofende a Constituição da República (art. 5º, LIV e LVII) a execução – provisória – de sentença penal condenatória sujeita a recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 25 de agosto de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Marcelo Ferrigo*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o **HC 64.900**, o indeferiu.

O paciente foi condenado à pena de cinco anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de multa, como incurso no art. 12 da Lei 6.368/1976 (fls. 276-283, em apenso). A sentença condenatória decretou a prisão como condicionante de recurso. O decreto prisional foi revogado pelo próprio juízo de primeiro grau, que reconheceu o direito do paciente, o qual respondeu solto ao processo, a apelar em liberdade (fl. 493, em apenso).

A defesa apelou da sentença ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por maioria, negou provimento ao recurso (fls. 207-226). Opuseram-se embargos infringentes, em cujo julgamento um dos desembargadores que haviam votado pela condenação do réu acompanhou o voto vencido. Ainda assim, os embargos foram rejeitados (fls. 227-263). Em decorrência, foi novamente decretada a prisão do paciente (fl. 613, em apenso).

A defesa opôs, em seguida, embargos de declaração, que foram parcialmente acolhidos, e, de ofício, a Corte *a quo* estabeleceu regime de cumprimento inicial fechado (fl. 672, em apenso).

Contra a decisão dos embargos de declaração, a defesa, simultaneamente, interpôs recurso especial e impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, além de recurso extraordinário perante esta Corte. A ordem de *habeas corpus* foi denegada, em decisão tida pelo impetrante como configuradora de constrangimento ilegal. São estes seus termos:

> *Ilícito de entorpecentes. Absolvição. Impossibilidade na via eleita. Dosimetria da pena. Majoração da pena-base pouco acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Quantidade da droga apreendida e participação intensa do agente na prática do delito. Precedentes do STJ.*
>
> 1. Não é possível, na via exígua do *habeas corpus,* proceder a amplo reexame dos fatos e das provas para absolver o ora paciente, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, nos autos do processo-crime, do recurso defensivo de apelação e dos embargos infringentes, vislumbrou elementos probatórios coerentes e válidos a ensejar a condenação.
>
> 2. Nada impede que o Desembargador-vogal do acórdão proferido por maioria, em sede de recurso de apelação, ao participar do julgamento dos embargos

infringentes, melhor analisando a matéria, modifique o seu entendimento. A condenação de primeiro grau foi mantida com apoio no material probatório colhido na instrução processual e em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado.

3. Ao majorar a pena-base, o Juízo sentenciante considerou as peculiaridades concretas do delito de tráfico de drogas em questão, tais como a quantidade da droga apreendida e a intensa culpabilidade do paciente, que praticava o crime de tráfico em larga escala, tanto que chegou a alugar um sítio para armazenagem da substância entorpecente.

4. Tem-se, portanto, satisfatoriamente fundamentada a exasperação da reprimenda inicial, pois tais argumentos não são inerentes ao tipo penal e justificam a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos, o que não se mostra desproporcional ou injustificado, pois a sanção cominada *in abstrato* para o crime é de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão.

5. A sentença condenatória impôs regime prisional mais gravoso valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial expresso e fundamentado de serem desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais, não há como conceder ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

7. Os recursos especial e extraordinário, se interpostos e admitidos, não possuem efeito suspensivo capaz de impedir o regular curso da execução da decisão condenatória. A custódia do sentenciado em cárcere, decorrente de sua condenação na instância ordinária, em sede de recurso de apelação, é providência compatível com o sistema processual vigente.

8. Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte Superior de Justiça.

9. Ordem denegada.

(Fls. 164-165.)

Alega o impetrante: (i) que é nulo o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que manteve a condenação do réu, uma vez que, no julgamento dos embargos infringentes, um dos desembargadores modificou o seu entendimento e absolveu o acusado, nos termos do voto vencido. Argumenta que a mudança de posicionamento significa modificação do acórdão proferido na apelação, considerando-se que a maioria se posicionou a favor do apelante; (ii) que não há provas suficientes para a condenação; (iii) que não há fundamento para a aplicação da pena acima do mínimo legal; e (iv) que a expedição de mandado de prisão pelo Tribunal *a quo* não está devidamente fundamentada.

Requer, *verbis*:

1) A anulação do acórdão que julgou a apelação, para que seja computado favoravelmente ao réu o voto do Desembargador Manuel José Martinez Lucas, firmando-se a absolvição daquele;

2) Caso não seja aceita a anulação, *ad argumentandum tantum*, requer-se a absolvição do paciente em decorrência da completa ausência de provas da autoria do delito;

3) Alternativamente, apenas a título de argumentação, requer-se a redução da pena corporal para o mínimo legal, e, consequentemente, a sua substituição por pena restritiva de direitos;

4) A revogação definitiva do decreto de prisão do paciente até o trânsito em julgado de sua condenação.
(Fl. 52.)

Diante da notícia de execução provisória da pena, concedi a liminar, para determinar que o paciente aguardasse solto o julgamento definitivo deste *habeas* ou o trânsito em julgado de eventual condenação (fls. 266-268).

O Ministério Público Federal opinou pela **denegação** da ordem (fls. 301-308).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. A ordem deve ser parcialmente concedida.

Requer a defesa, inicialmente, anulação do julgamento da apelação pelo Tribunal local, diante da mudança de posição de um dos julgadores nos embargos infringentes. Segundo a defesa, o fato de um dos desembargadores que haviam votado pela condenação haver reconsiderado o voto para absolver o réu significa que, se esta última posição tivesse sido adotada desde o início, o julgamento da apelação culminaria na absolvição do paciente.

Mas o argumento não colhe.

É que a interposição dos embargos infringentes devolveu ao tribunal a apreciação da matéria objeto de divergência. Em se tratando de novo julgamento, a nova decisão – composta pela síntese das opiniões de todos os componentes do órgão, os juízes que já haviam participado do primeiro julgamento, mais aqueles que ainda não se haviam manifestado – não pode ser cindida, nem produzir efeitos no julgamento anterior.

Entendimento diverso levaria a aporia processual: se o novo voto proferido pelo desembargador revisor nos embargos infringentes, absolvendo o réu, pudesse ser aproveitado no julgamento da apelação, a consequente decisão favorável ao réu no primeiro julgamento levaria à inadmissibilidade dos embargos infringentes, e, assim, a segunda decisão – precisamente a que levou à absolvição – teria sido proferida em julgamento inexistente!

Mas não é caso de tamanha incoerência, pois o julgamento dos embargos infringentes não se confunde com o julgamento prévio da apelação. Trata-se de outro ato decisório, de modo que não há nulidade alguma na decisão do Tribunal local que negou provimento à apelação.

2. Requer, ainda, a absolvição do paciente, "por completa ausência de provas da autoria do delito".

Mas, como se vê da longa descrição dos fatos de que se socorre a inicial para fundamentar o pedido, o acolhimento da pretensão exigiria exame aprofundado das provas. Não se trata, aqui, de simples exame de prova pré-constituída:

afirmam os impetrantes, após relatar inconsistências nos depoimentos das testemunhas, que "tais dúvidas fortalecem o depoimento do paciente e a tese de ilicitude probatória. Condenação sem prova, baseada em suposições, já que até mesmo os indícios apontam para a inocência do paciente" (fl. 22).

O raciocínio já demonstra, pois, o contraste entre a pretensão e a jurisprudência aturada desta Corte, no sentido de que o reexame da prova é inviável em sede de *habeas corpus* (cf. **HC 82.625**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**; **HC 82.782, 82.493, 82.517, 82.246**, Rel. Min. **Ellen Gracie**; **HC 82.191**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**; **HC 82.128, 82.377, 82.839, 82.394**, Rel. Min. **Carlos Velloso**).

3. Como pedido subsidiário, os impetrantes requerem a fixação da pena no mínimo legal, diante da inidoneidade da fundamentação adotada pelo juízo de primeiro grau para aumentar a pena-base e estabelecer regime inicialmente fechado.

Neste ponto, assiste razão à defesa. Transcrevo trecho da sentença condenatória, na parte em que fixou a pena:

> O réu é primário, personalidade sem elementos para avaliar; conduta antissocial pela natureza do delito, que ameaça a ordem pública, embora abonada a conduta por testemunhas; culpabilidade elevada, tendo plena consciência da ilicitude do fato, principalmente por estar cursando a faculdade de Direito; motivos voltados ao ganho ilícito; circunstâncias como relatadas nos autos, havendo indícios de que o réu tenha locada [sic] o imóvel, no interior de sítio em Gravataí, para guardar a grande quantidade de droga que acabou sendo apreendida por policiais; consequências sempre graves, pois o tóxico acarreta danos à saúde pública, especialmente aos jovens, por isso, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão, que torno definitiva por ausência de outras causas modificadoras.
> (Fl. 282, apenso 2.)

O Juízo de primeiro grau, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, fez referência a elementos que compõem a descrição mesma do injusto penal – natureza do delito, consciência da ilicitude, motivos voltados ao ganho ilícito, consequências nocivas do tráfico de drogas *in abstrato*. Mas a fixação da pena-base acima do mínimo legal exige motivação específica, não bastando a mera alusão às circunstâncias já valoradas na escala abstrata da pena (**RHC 83.482**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 19-12-2003).

Há, é verdade, menções concretas às circunstâncias judiciais do paciente, que dizem respeito à personalidade do agente – "sem elementos para avaliar" –, ao local do crime – "sítio em Gravataí para guardar a grande quantidade de droga" –, e à sua culpabilidade exacerbada por estar "cursando a faculdade de Direito". Nenhuma delas, no entanto, parece idônea a justificar agravamento da pena-base e, muito menos, o aumento em dois terços, como se deu no caso.

Cito, a propósito, outra decisão da lavra do Min. **Sepúlveda Pertence**:

> [A] exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar

relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar.
(**HC 69.419**, *DJ* de 28-8-1992.)

Tenho que, no caso, exasperação da pena-base não está devidamente justificada. Diante da ausência de outros elementos agravantes ou atenuantes, a pena deve ater-se ao mínimo legal, em regime inicial fechado.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é certo que a Corte já assentou sua admissibilidade em casos análogos (**HC 84.928**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *RT* 844/507; **HC 85.894**, Plenário, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 28-9-2007; **HC 84.715,** Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 29-6-2007; **HC 85.945**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 9-10-2007; **HC 96.112,** Rel. p/ o ac. Min. **Cezar Peluso**, *DJE* de 7-8-2009).

Não há nos autos, no entanto, elementos suficientes a demonstrar que o paciente preenche as condições objetivas de concessão do benefício, cabendo tal análise ao juízo de primeiro grau.

4. Finalmente, mantenho o entendimento exposto em sede liminar, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, especialmente diante do recente julgamento do **HC 84.078** (Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 5-2-2009), em que se proclamou a incompatibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória com o disposto no art. 5º, LIV e LVII, da Constituição da República.

5. Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para, confirmando a liminar, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, bem como para **fixar-lhe a pena em três anos de reclusão**, em regime fechado, mantidas, no mais, as condições determinadas pelo Juízo de primeiro grau, que deverá apurar se o paciente preenche os requisitos objetivos para eventual substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal.

EXTRATO DA ATA

HC 93.857/RS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Marcelo Ferrigo. Impetrantes: Nereu Lima e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 25 de agosto de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 97.256 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Paciente: Alexandro Mariano da Silva — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Art. 44 da Lei 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988). Ordem parcialmente concedida.**

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder parcialmente a ordem, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente.

Brasília, 1º de setembro de 2010 — Ayres Britto, Relator.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um aspecto: a única causa de pedir é a inconstitucionalidade de uma norma. Não seria o caso de submeter-se o processo ao Pleno?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): E logo? É que eu tenho uma análise mais abrangente a fazer.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente o que eu anotei quando Vossa Excelência acentuou que a Defensoria...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Vamos fazer o seguinte: eu vou concluir o relatório, passo a palavra ao defensor, enquanto isso nós refletimos sobre a necessidade da afetação ao Pleno.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque o art. 44 da Lei 11.343/2006 realmente veda a substituição.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Veda, às expressas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E só poderíamos chegar à concessão da ordem se...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): É, pela declaração incidental.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...assentarmos a inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Foi a causa de pedir, não é?

Mas o pedido formulado, pelo que o Ministro está lendo em seu relatório, é no sentido da declaração de inconstitucionalidade.

Vamos aguardar então o final do relatório, a abstração disso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator):Vamos fazer o seguinte: eu vou concluir o relatório e passo a palavra para a sustentação oral.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Proponho, Presidente. Receio muito que se acabe por adotar aquele vezo popular: faça o que digo, mas não faça o que eu faço.

O Supremo editou um verbete que visa a alertar sobre o drible à apreciação de incidente de inconstitucionalidade e, no caso, considerado o direito posto, não vejo como se chegar ao temperamento, distinguindo-se onde a norma não distingue. De duas, uma, ou tem-se como inconstitucional os dois preceitos vedadores, o primeiro, quanto ao início do cumprimento da pena em regime fechado e o segundo quanto à substituição, e concede-se a ordem, ou não tendo, observamo-los. Isso, evidentemente, é algo próprio à segurança jurídica, ao ordenamento, ao arcabouço normativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Sem dúvida.

VOTO
(Sobre proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Eu estive relendo, aqui, a petição inicial, para saber se o único fundamento do pedido da Defensoria Pública era a inconstitucionalidade da possibilidade de converter a pena de reclusão em restritiva de direitos e, realmente, o fundamento único foi este, quando a defensoria diz, a presunção legal de que o crime de tráfico de drogas – isso está na impetração –, por sua gravidade, exige que se vede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, não é uma verdade indemonstrável, uma afirmativa que não possa ser refutada pela análise das circunstâncias fáticas, nem um postulado que não possa ceder ante as eventuais singularidades do caso, ou seja, a sustentação da inconstitucionalidade está patenteada na impetração.

Esta Turma já declarou constitucional a vedação dessa substituição prevista na lei, em diversas oportunidades.

O Supremo, todavia, o Plenário não tem jurisprudência sobre a liberdade provisória, a possibilidade de liberdade provisória, por consequência, o regime, e, também, por desdobramento, o regime de cumprimento da pena, como não tem o Supremo decisão sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Segundo nosso rastreamento, aqui, jurisprudencial, nada foi encontrado.

Então, nesse caso, eu também concordo com a proposta do Ministro Marco Aurélio e se a Ministra Cármen também concordar, nós o afetaremos ao Pleno.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Não há prejuízo, nesse particular, para o impetrante, nem para o paciente, porque a renovação se dará da sustentação oral perante o Pleno. Apenas haverá uma demora, lógico, e o paciente se encontra preso, ele sofrerá teoricamente esse prejuízo por efeito da...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele está preso em razão de preventiva ou flagrante?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Não, da condenação mesmo.

O Sr. João Alberto Simões Pires Franco (Advogado): É porque a condenação foi em regime fechado, Ministro.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Inicial fechado.

O Sr. João Alberto Simões Pires Franco (Advogado): Inicial fechado, um ano e oito meses.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não quer dizer que se possa, de forma temporã, açodada, precoce executar o título judicial.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Ele tem duas penas, na verdade, não é? Ele cumpre duas penas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que ele já estaria preso em outro processo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): Já estaria preso em outro processo, exatamente, e que transitou em julgado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão no outro processo?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente e Relator): O outro. Então, a Corte, por proposta do Ministro Marco Aurélio, e, à unanimidade, decidiu pela afetação do julgamento desse *habeas corpus* ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Decisão unânime. Agradeço a Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

HC 97.256/RS — Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por indicação do Ministro Marco Aurélio, decidiu afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Falaram: o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União, pelo paciente; e o Dr. Edson Oliveira de Almeida, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 22 de setembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão assim ementado:

> *Penal – Habeas corpus – Tráfico de drogas – Crime praticado sob a égide da Lei 11.343/2006 – Redução mínima do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 – Ausência de motivação – Exame favorável de todas as circunstâncias judiciais – Agente primário e possuidor de bons antecedentes – Redução máxima – Substituição da pena privativa de liberdade expressamente proibida – Ordem parcialmente concedida.*
>
> 1. Se o legislador da Lei 11.343/2006 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do *quantum* da diminuição prevista no seu art. 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do art. 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas.
>
> 2. Reconhecidos em favor do paciente os requisitos legais da causa especial de aumento, sendo-lhe favorável o exame de todas as circunstâncias judiciais, além de que pouca droga foi encontrada sob sua responsabilidade e o laudo se refere apenas à cocaína, afastada a diversidade da substância, ainda que apresentada de formas diferentes, a redução da pena pela minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 deve ser realizada no patamar máximo.
>
> 3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.
>
> 4. Admite-se, tão só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6.368/1976, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela oportunidade.
>
> 5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.

2. Pois bem, a Defensoria Pública da União, impetrante, sustenta a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006. O que faz sob o fundamento de que, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, a vedação da substituição

da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ofende as garantias constitucionais da individualização da reprimenda (inciso XLVI do art. 5º), da inafastabilidade de apreciação pelo Poder de Judiciário quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do art. 5º) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (inciso LIV do art. 5º). Nas palavras da impetração (fl. 4):

> (...) a presunção legal de que o crime de tráfico de drogas, por sua gravidade, exige que se vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, **não é uma verdade indemonstrável, uma afirmativa que não possa ser refutada pela análise das circunstâncias fáticas nem um postulado que não possa ceder ante as eventuais singularidades do caso**.
>
> Pelo contrário, dada a complexidade das sociedades modernas e de suas relações, é impossível que o legislador preveja toda e qualquer situação a que determinada norma incidirá. Cabe ao Judiciário, mediante a reconstrução do caso concreto, indicar qual ou quais das normas válidas – regras e princípios – são adequadas para reger a espécie, operação esta que depende da análise de todos os fatos relevantes para o direito.
>
> No presente caso, esses fatos são: **prática de tráfico de pequena quantidade de entorpecente**, por **agente cujas circunstâncias judiciais lhe são favoráveis** e **condenado à pena mínima** prevista para o crime.

3. Prossigo neste relato da causa para anotar que, com a concessão parcial da ordem pelo STJ, o paciente se encontra definitivamente condenado pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, na forma do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, sendo a pena fixada em um ano e oito meses de reclusão, sob regime fechado de cumprimento. De par com isso, foi-lhe aplicada a sanção de 160 dias-multa, cuja unidade restou fixada em seu mínimo legal. Dando-se que lhe foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Diante desse quadro, e em sede de exame prefacial ou de cognição sumária, indeferi a liminar requestada, por entender ausentes os respectivos pressupostos.

5. Na sequência, a Procuradoria-Geral da República opinou, inicialmente, pela denegação da ordem, tal como requerida, e, em pronunciamento complementar, pelo seu deferimento parcial – em verdade uma concessão *ex officio* da ordem –, a fim de serem reconhecidos ao paciente os direitos ao regime penitenciário aberto e à suspensão condicional da pena.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, de logo anoto que, **pela primeira vez, o texto normativo do art. 44 da Lei 11.343/2006 é focadamente submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal**. Texto que veda expressamente, em tema de tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

8. A Defensoria Pública da União, conforme visto, sustenta a inconstitucionalidade do referido preceito, sob a alegação de ofensa aos seguintes incisos do art. 5º da Magna Carta: inciso XXXV, ao argumento da inafastabilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão a direito; inciso XLVI, consagrador da individualização da pena; e inciso LIV, veiculador de proporcionalidade da resposta estatal ao delito.

9. Eis a redação do dispositivo legal impugnado:

> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.
>
> Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

10. Calha relembrar que, por todo o período de vigência da Lei 6.368/1976, revogada pela Lei 11.343/2006, e mesmo com o advento da Lei 8.072/1990, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manteve firme no sentido de admitir a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Ao reverso, dava pela compatibilidade jurídica entre a aplicação da pena privativa de liberdade e a previsão de regime penitenciário totalmente fechado. Isso nos originários termos da Lei de Crimes Hediondos, posteriormente tida por inconstitucional por esta Casa de Justiça. (Cf. HC 96.149/SP, Segunda Turma, de relatoria do Ministro Eros Grau, *DJ* de 11-9-2009; HC 93.857/RS, Segunda Turma, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, *DJ* de 16-10-2009; HC 91.600/RS, Primeira Turma, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6-9-2007; HC 90.871/MG, Primeira Turma, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 25-5-2007.)

11. Externando o mesmo pensamento, eis o núcleo do meu voto no julgamento do HC 85.894/RJ (Tribunal Pleno, *DJ* de 28-9-2007), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, mas ainda à luz da Lei 8.072/1990:

> (...) **não há óbice à substituição de penas privativas de liberdade por outras restritivas de direitos, nos casos de crimes hediondos e de tráfico de drogas**. Isso porque o momento da definição da espécie de pena aplicável é – bem disse o eminente Relator – antecedente àquele da estipulação do modo pelo qual se dará o respectivo cumprimento. Leia-se: "somente após fixada a espécie de pena (se privativa de liberdade ou restritiva de direito) é que se pode cogitar do regime de seu cumprimento. A substituição da pena deve preceder à incidência do regime de seu cumprimento, não havendo que se cogitar da aplicação da Lei 8.072/1990 como óbice ao pedido de substituição".
>
> 5. Esse raciocínio homenageia, sobretudo, o princípio da individualização da pena, naquela tessitura que se dá em dois momentos: no momento judicial da fixação e no instante administrativo da execução da reprimenda. Não foi por outro motivo que acompanhei o Ministro Cezar Peluso, no julgamento do HC 84.928, ocasião em que o Ministro Pertence ressaltou a viragem na jurisprudência do Tribunal, já agora na linha do voto que fora vencido no HC 80.010 (Rel. Min. Octavio Gallotti). De se ver:

"Entendo que há, na individualização da pena, momentos distintos: a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, se faz na sentença – é o momento judicial da individualização da pena; outro, inteiramente inconfundível, a meu ver, data vênia, é o problema da progressão, ou não, na execução da pena."

6. Neste rumo de ideias também se posicionam Luiz Regis Prado e Francisco de Assis Toledo, *in verbis*:

"Em se tratando de delito previsto na Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), cabe dizer que a exigência constante nesse diploma – a saber, cumprimento integral da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (art. 2º, § 1º) – não constitui óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade imposta por penas restritivas de direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por pena restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no art. 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como 'hediondo' não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiriam a referida substituição alguns dos delitos elencados na Lei 8.072/1990, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial – e tampouco do Código Penal – qualquer dispositivo em contrário." (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 494/495.)

7. Acresce que este Plenário já decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (HC 82.959), pelo qual se sustentava a impossibilidade de aplicação do regime de substituição das penas aos delitos hediondos e de tráfico de entorpecentes. Razão por que, mesmo o Ministro Joaquim Barbosa, que inaugurou a divergência no presente julgamento, passou a conceder medidas liminares em casos que tais (HC 88.319).

8. Por tudo quanto posto, acompanho o Relator para deferir o *habeas corpus*, no reconhecimento de que **é juridicamente possível substituir pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, mesmo nos julgamentos de crime de tráfico ilícito de entorpecentes. O que faço com a ressalva de que a gravidade do crime e a suficiência da pena restritiva de direito hão de ser apreciadas em concreto pelo juiz sentenciante.**

12. Confirmo, então, que o centrado desafio temático deste voto é saber se a proibição estabelecida pela nova lei, isto é, a Lei 11.343/2006, encontra ou não encontra suporte no sistema de comandos da Constituição Federal. O que demandará elaboração teórica mais cuidadosa para a perfeita compreensão da natureza e do alcance da garantia constitucional da individualização da pena. Com o que teremos condições objetivas de inferir se o modelo adotado pela Lei de Tóxicos, ao estabelecer a vedação em causa (a título de regulação da matéria), extravasa ou não extravasa o núcleo significativo dessa garantia da individualização da reprimenda penal. Reprimenda enquanto reação estatal ao

tráfico ilícito de entorpecentes, que é modalidade integrante do rol dos crimes hediondos, a meu ver, ou dos delitos a ele assemelhados, segundo a classificação de alguns penalistas.

13. Leia-se a figura do crime hediondo, tal como descrita no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal:

> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

14. Daqui já se pode vocalizar um primeiro juízo técnico: **em tema de vedações de benefícios penais ao preso, ou, então, ao agente penalmente condenado, o Magno Texto Federal impõe à lei que verse por modo igual os delitos por ele de pronto indicados como hediondos e outros que venham a receber a mesma tarja**. Sem diferenciação entre o que já é hediondo por qualificação diretamente constitucional e hediondo por descrição legal. Isonomia interna de tratamento, portanto, antecipadamente assegurada pela nossa Constituição.

15. Um novo e complementar juízo: **embora o Magno Texto Federal habilite a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um limite material: a não concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos**. É como dizer, a própria norma constitucional cuidou de enunciar as restrições a ser impostas àqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas. **Não incluindo nesse catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos**. Ponto pacífico. Percepção acima de qualquer discussão ou contradita.

16. Insista-se na ideia: no tema em causa, a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto. Subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constrições sobejantes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte. É como penso, atento ao postulado de que a norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum.

17. Foi além a Magna Carta, porque também não fez diferenciação constritiva entre os crimes por ela nominados. Nenhuma diferenciação restritiva avançou quanto aos benefícios penais ou às causas excludentes de criminalidade que optou por retirar do âmbito dos crimes ali expressamente indicados. Basta pensar na determinação da imprescritibilidade, que ficou limitada à prática do racismo (inciso XLII do art. 5º) e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLIV do art. 5º). Também assim a pena de morte, que somente incide nos casos de guerra declarada (alínea *a* do inciso XLVII do art. 5º). Já no campo da vedação à extradição, dele foi excluído o brasileiro naturalizado quanto ao comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, ou em caso de crime comum praticado antes da naturalização (inciso LI do art. 5º).

18. Numa frase, em matéria de crimes hediondos, não há como reforçar o discurso da própria Constituição da República quanto às excludentes de punibilidade ou à proibição de benefício penal a quem responder pela autoria deles. Afinal, o que se tem como próprio do capítulo versante sobre direitos e garantias individuais – historicamente oponíveis ao Estado, inclusive ao Estado-legislador – é ampliar a esfera de liberdade das pessoas naturais. Não é estreitar ou por qualquer modo encurtar esse espaço de movimentação humana. Tanto é assim que toda a nominata dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo é expressamente circundada pelo que se convencionou chamar de cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60 da CF). Nunca implicando demasia recordar que mesmo a pessoa condenada pelo mais infamante dos delitos não decai jamais de sua dignidade intrínseca de ser humano. Não se animaliza perante o Direito e muito menos há de ser tratado como coisa ou anódico objeto.

19. Por outro aspecto, quanto à garantia mesma da individualização da pena, mais uma proposição nos parece cabível: sem impor a essa garantia qualquer restrição por conta própria, a Carta Magna preceitua no inciso XLVI do seu art. 5º:

> XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos.

20. Analisando esse dispositivo, no HC 82.959/SP (Tribunal Pleno, *DJ* de 1º-9-2006), tive a oportunidade de pontuar que, embora o preceito não prescinda da intercalação de diploma legal, **o núcleo semântico da garantia à individualização da pena não pode ser por ele nulificado**. Eis o que verbalizei em linhas gerais:

> É certo que o inciso XLVI do art. 5º da Constituição não regulou, por si mesmo, as condições ou os requisitos da individualização da pena. Convocou o legislador de segundo escalão para fazê-lo ("a lei regulará a individualização da pena (...)". Mas não é menos certo que se cuida de um transpasse de poder normativo que não priva o dispositivo constitucional de toda e qualquer dimensão eficacial imediata. É exprimir: o preceito constitucional em exame não prescinde da intercalação da lei comum, é fato, **porém não é de ser nulificado por ela**. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é permitido se desgarrar do núcleo significativo binário que exsurge da Constituição mesma: o momento concreto da aplicação da pena privativa de liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da "justa medida" entre ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do Estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo (porque integralmente fechado) para outro menos rigoroso (porque já incorporante de saídas do presídio e retorno a ele em horas certas).

21. Nesse diapasão é que Luiz Luisi ("*Os princípios constitucionais penais*", Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2. ed., 2003, p. 52), citando Nelson Hungria, ensina que se deve entender por individualização da pena o processo que visa a "retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso".

22. É isso mesmo. Por um modo convergente, os doutrinadores compreendem que o processo de individualização da pena **é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado**, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Discorrendo sobre cada um desses momentos, ou, melhor dizendo, cada uma dessas etapas do conceito individualizador, todas destinadas a garantir o axioma da pena particularizada ou rigorosamente personalizada, inextensível, portanto, a qualquer outro indivíduo. O mesmo Luiz Luisi (ob. cit., p. 52, 53 e 55) aduz que:

> Na primeira etapa através de lei, – que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos fixos e certos. Também prevê as espécies de pena e muitas vezes as prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões, dispõe a sua aplicação cumulada. Em outros textos normativos viabiliza as substituições da pena, geralmente as mais graves por espécies mais atenuadas.
>
> Todavia a lei penal não se limita às previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações. Assim ao estabelecer as regras que o juiz deve obedecer para chegar, em cada caso, considerando suas peculiaridades, à fixação da pena definitiva e concreta. Como é, ainda, na lei que se hão de encontrar as diretrizes balizadoras da execução as sanções penais.
>
> O segundo momento é o da individualização judiciária. Tendo presente as nuanças da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.
>
> A individualização judiciária, embora as regras que a devem orientar estejam na lei, enseja ao Juiz uma indiscutível discricionariedade.
>
> (...)
>
> O juiz, pois, nos limites que a lei impõe realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima.
>
> (...)
>
> Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. "Aí", – como observa Aníbal Bruno, – é que a sanção penal, "começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação".
>
> (...)
>
> Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de "polifuncionalidade" da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social.

23. **Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto – por que não dizer? – a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional**. É que a pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias aprioristicamente válidas para toda e qualquer situação existencial. Diferentemente do juízo de razoabilidade, que toma em linha de conta o contexto ou a contingência das protagonizações humanas. Atenta à elementar consideração de que o Direito é feito para a concreta vida dos homens em sociedade, e o fato é que a concreta vida dos homens em sociedade escapa até mesmo à mais circunstanciada ou minudente descrição legislativa. Regida que é, tal como na particularizada esfera dos fenômenos quânticos, pelos princípios da complementariedade e da incerteza – para lembrar a conhecida categorização de Heizemberg. Ou como no século V antes de Cristo sentenciava Heráclito: "o ser das coisas é o movimento" (e as coisas ditas humanas não fogem à regra). Por isso que só o impermanente é que é permanente; somente o inconstante é que é constante, porque tudo muda incessantemente, menos a incessante mudança.

24. Em suma, estamos a falar de uma necessária ponderação em concreto, **ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça material**. Segurança e justiça que figuram desde o preâmbulo da Magna Carta Federal entre os valores de pronto qualificados como "valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos". Saltando aos olhos que é esse tipo de sociedade que se põe como base de inspiração do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º) e, *pour cause*, do advento de um sistema de direito penal humanista.

25. Noutro modo de falar sobre a mesma coisa, o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto – a cena empírico-penal, *orteguiana* por definição – os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade de condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Sem prejuízo, claro, da proposição de que a lei, se não pode fechar para o julgador a porta da alternatividade sancionatório-penal, pode prever a cumulação da pena que tenha por conteúdo a liberdade com outra desprovida de tal natureza. Como, por hipótese, a pena de perda de bens e a multa, ambas perfeitamente compatíveis com o seu adicionamento à perda ou então à constrição da liberdade da pessoa natural.

26. O que estamos a ajuizar não é senão o seguinte: o direito penal bem pode cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva da liberdade corporal (*vide* o § 4º do art. 37 da CF, emblemático em tema de cumulação de sanções), **mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória**. Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade; severidade jurisdicionalmente sindicável tão só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. **Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convolação da pena supressora da liberdade em pena restritiva de direitos**. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera.

27. Feito luva encomendada, e ante o paradigmático precedente que declarou a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime prisional em se tratando de crimes hediondos (HC 82.959/SP, julg. cit.), o Ministro Eros Grau vocalizou que o Congresso Nacional, a quem primeiro se dirige o princípio da individualização da pena, "não pode impor regra que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos".

28. De proposição em proposição interpretativa, tendo por objeto o inciso XLVI do art. 5º da Constituição, chegamos a um novo patamar de intelecção: **a garantia constitucional da individualização da pena foi regrada pela Constituição em dispositivo posterior, justamente, àquele referente aos crimes hediondos (aqui, inciso XLVI do art. 5º; ali, inciso XLIII)**. Mais que isso, a garantia em apreço antecede o próprio rol de penas que o Magno Texto Republicano aponta como passíveis de fixação por lei. Quero dizer: ao começar o seu discurso normativo sobre a garantia da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º, reprise-se), a Constituição brasileira o fez em termos absolutamente assecuratórios ou proclamativos dessa garantia. Ela mesma, Constituição Federal, sem precisar da lei comum, fez de tal garantia uma cabal situação jurídica subjetiva de todo e qualquer indivíduo, independentemente do crime por ele cometido ou mesmo da pena que venha a sofrer. Daí a mencionada alocação topográfica, para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre, no sentido de que é permeante assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestar o comando intercalar da lei, a Lei Maior o fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto (individualização da pena) em função de cada tipo penal. **Não para excluir do âmbito desse peregrino direito adjetivo qualquer dos tipos criminais, dado que se trata de situação jurídica ativa concebida para incidir em face de qualquer dos delitos legalmente descritos e do seu específico apenamento**. Por isso que nela própria, Magna Carta, nenhuma exceção foi aberta à incidência da personalização da reprimenda. Nenhuma. Nem por ocasião do atuar legislativo do Estado nem nas subsequentes fases da dosimetria e do regime de execução intramuros penitenciário. No particular, cuida-se de enunciado constitucional que escapa à classificação das "normas restringíveis" ("normas de eficácia

contida", na linguagem de José Afonso da Silva), pois insuscetível de contração no seu núcleo deôntico ou de intransigente proteção individual.

29. De se perceber, portanto, que as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sempre que possível contornáveis sequelas.

30. Não por acaso é que a primeira das penas a que se refere o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal é justamente a mais dura de todas: a "privação ou restrição" da liberdade corporal do agente. Em imediata sequência é que vem a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, todas elas, de parelha com a possibilidade da referida aplicação cumulativa, significantes de aplicabilidade alternativa àquela de maior dureza. Opção constitucional que, além de cultuar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, traduz que **a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social**. Conciliando ele, juiz sentenciante, justiça material e segurança jurídica. Que já significa fazer andar de *braços dados* a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz. Tudo em congruente unidade. Tudo como lídima expressão da categoria jurídico-positiva (não simplesmente lógica) da razoabilidade.

31. Todas essas proposições ganham em claridade se nos lembrarmos de que a nossa Constituição prestigiou, mais que tudo, a liberdade física das pessoas, fazendo do aprisionamento uma exceção. A regra geral que adotou foi a do não encarceramento, a saber: a) em primeiro lugar, enuncia que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º); b) prescreve que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (inciso LVII do art. 5º – princípio da não culpabilidade); c) indica de logo a pena privativa ou restritiva da liberdade como uma espécie de *ultima ratio*, por ser a mais grave entre aquelas franqueadas à conformação por lei comum (alínea *a* do inciso XLVI do art. 5º). Daí que, no próprio dispositivo em que habilita a lei ordinária a cominar pena privativa ou restritiva de liberdade, ela, Constituição, de pronto arrola espécies de apenamento (perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), que a lei tanto pode fazer incidir sob o regime da cumulatividade, quanto não pode subtrair do regime de convolação; isto é, penas que a lei não está obrigada a cumular com outras, **mas que obrigatoriamente se disponibilizam para o regime de substituição àquelas que tenham por conteúdo a liberdade humana**.

32. Foi exatamente à luz dessa vertente constitucional da convolação que, em 1998, por meio da Lei 9.714, o legislador ordinário ampliou as possibilidades de aplicação de uma outra modalidade de pena substitutiva do aprisionamento: a restritiva de direitos. Isso para conferir ao art. 44 do Código Penal a sua atual redação, que fixa as balizas da substituição com base em pressupostos de ordem objetiva e subjetiva. Com o que, reitero, a lei densificou por mais um modo a superlativa garantia constitucional da individualização de toda e qualquer reprimenda penal. Eis a dicção desse emblemático art. 44:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
>
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
>
> § 1º (*vetado*)
>
> § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.
>
> § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.
>
> § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.
>
> § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

(Sem destaques no original.)

33. Cuida-se, então, de necessário recurso à ponderação judicial de fatos-tipo e sua autoria delituosa, na trama de um processo "orteguiano" de concretização constitucional que o art. 59 do Código Penal assim veio a completar:

> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
>
> I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
>
> (...)
>
> IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

34. Já em sede doutrinária, outro não é o testemunho intelectual de Alberto Silva Franco ("*Crimes hediondos*", São Paulo: RT, 6. ed., 2007, p. 195 e 196), para quem, mesmo ante a experiência haurida na vigência da Lei 6.368/1976, era constitucional a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes de menor potencial ofensivo. Confira-se:

> A aplicabilidade das penas restritivas de liberdade revelava-se, sobretudo, adequada em relação a hipóteses menores de tráfico ilícito de entorpecentes, para as quais a sanção penal se mostrava, por vezes, excessiva ou desproporcionada. Como observa Francisco de Assis Toledo, "o fato de que o tráfico 'passou a ser tratado com extremo rigor desde o advento da Constituição de 1988' não constitui argumento suficiente para invalidar a opção do legislador". "Como a zona fronteiriça entre o vício e o tráfico nem sempre é muito nítida, a possibilidade da aplicação aos casos ocorrentes da pena substitutiva é uma boa solução, permitindo a correção ou a atenuação daqueles excessos". De igual teor é o parecer de Mário Magalhães Papaterra Limongi: "Não se pode dizer que a legislação mais dura tem permitido a condenação dos principais traficantes. Quem se der ao trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, mulas, permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio. Como a legislação não distingue, pratica o mesmo crime quem transporta toneladas de cocaína como a mulher do preso que, em dia de visita, leva ao seu companheiro pequena quantidade de maconha".

35. Já vai longo o presente voto, reconheço, mas não ao ponto de sacrificar a proposição adicional de que, mesmo no plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. **Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento**. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991, que prevê, na alínea *c* do § 4º do art. 3º: "Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior". Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Donde o julgado proferido no HC 100.888/SC, Primeira Turma, de minha própria relatoria, *DJ* de 12-3-2010, assim ementado:

> *Habeas corpus. Salvo-conduto. Prisão civil. Depositário judicial. Dívida de caráter não alimentar. Impossibilidade. Ordem concedida.*
>
> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável

de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/1988). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

2. A norma que se extrai do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida.

3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil – Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/1988, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.

4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial.

5. Ordem concedida.

36. Ora, é esse o caso dos autos, na medida em que o paciente teve reconhecida, em seu benefício, a causa de diminuição de pena que se lê no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no seu limite máximo de dois terços de encurtamento, em função da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais. Isso aliado à pequena quantidade e à falta de diversidade da droga apreendida, ficando a condenação, em termos definitivos, aplicada em um ano e oito meses de reclusão, sob regime prisional fechado, além de 160 dias-multa, cuja unidade restou fixada em seu mínimo legal. E já ficou expresso nestas páginas que, em tema de direitos fundamentais, entre os quais se acha inserida a garantia da individualização da reprimenda penal (devidamente incrustada no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos), **é certo ajuizar que a formulação adotada pela Carta Magna traduz uma garantia que opera como inafastável elemento de contenção do poder de legislar. Não como u`a mera orientação geral ao legislador ordinário**. É o que inspiradamente pontua o Ministro Gilmar Mendes (HC 82.959/SP, julg. cit.), a propósito do regime de progressão penitenciária da pena, *in verbis*:

> O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.
>
> (...)
>
> Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei – princípio da reserva legal – explicita tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador – até porque para isso – despicienda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais – então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.

Em outras palavras, é de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

37. Nessa toada de intelecção de normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias individuais, desborda da reserva legal criminalizadora (porque extrapolante da mera regulação) fazer distinções ainda mais severas que as estampadas no próprio lastro formal da Constituição. A tanto não chega o poder regulatório da lei, exatamente porque em mortal rota de colisão com esse tão humano quanto realístico preceito do inciso XLVI do art. 5º da nossa Lei Fundamental.

38. É como assentaram os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, respectivamente, no julgamento do referido HC 82.959/SP, a propósito do regime de aprisionamento dos sentenciados penais e quando ainda vigente a Lei 8.072/1990:

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/1990 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – art. 5º – afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, *contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ou indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do art. 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

(Ministro Marco Aurélio.)

A Constituição Federal, ao criar a figura do **crime hediondo,** assim dispôs no art. 5º, XLIII:

> "A lei considerará **inafiançáveis** e **insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os **definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."
>
> (Grifei.)

Excepcionou, portanto, de modo nítido, da **regra geral** da liberdade sob fiança e da possibilidade de graça ou anistia, dentre outros, os crimes hediondos, vedando-lhes apenas com igual nitidez: a) a liberdade provisória sob fiança; b) a concessão de graça; c) a concessão de anistia.

Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás – é bom lembrar –, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução.

(...)

Mas não é só.

Quando o constituinte reservou o tratamento excepcional (no sentido primário de exceção) aos crimes hediondos, não lhes vetou progressão de regime (forma de individualização da execução da pena), nem impôs outra restrição qualquer à incidência da regra da individualização.

J. J. Gomes Canotilho, ao cuidar do das leis restritivas de direitos fundamentais, ensina que compreende ele três instâncias: 1ª – delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª – averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª – controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites). Tais instâncias funcionam como critérios de interpretação-aplicação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Dentro do âmbito da 3ª instância – limite de limites – enquadra-se a exigência de autorização de restrição expressa, que, nas palavras do eminente constitucionalista português, "como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas mesmas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício de sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva". E, acrescenta, "exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma função da advertência (*Warnfunktion*) relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e da limitação de direitos, liberdades e garantias, e constituir uma norma de proibição, pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição".

A autorização constitucional para a restrição de direitos deve, pois, ser observada à risca pelo legislador, sob pena de entrar em contraste com a Constituição.

De modo que não resiste a tal exigência a vedação de progressão de regime prevista no dispositivo controverso, que deve, por ambos os fundamentos, ser declarado inconstitucional.

(Ministro Cezar Peluso.)

39. Não estancam por aqui os valiosos ensinamentos do Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/SP, julg. cit.), pois de Sua Excelência ainda são as seguintes palavras:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, **o princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

40. A tessitura desse raciocínio também se adensa em nível propriamente doutrinário, conforme se vê da seguinte passagem de Alberto Silva Franco (ob. cit., p. 75-77):

De um lado, situam-se as normas constitucionais de criminalização que se resumem a indicar determinados bens jurídicos em relação aos quais o legislador constituinte comunica ao legislador infraconstitucional sua obrigação de lhes dar proteção penal. Ao fazê-lo, é evidente que invade a esfera de atuação normal do legislador penal, dispensando-o implicitamente da tarefa de formular tanto o juízo sobre a dignidade do bem jurídico a ser protegido, quanto o da necessidade de tutela penal. São exemplos significativos desse tipo de norma constitucional criminalizadora o inciso XLI do art. 5º e os arts. 225, § 3º, e 227, § 4º, todos da Constituição da República.

De outro lado, posicionam-se as normas constitucionais de criminalização que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam expressas limitações, quer de natureza penal, quer de natureza processual penal, que são estritamente impostas ao legislador ordinário. Exemplificam essas obrigações constitucionais de criminalização os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal. Desses incisos, interessa em particular – e será, agora, objeto de exame – o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, o que trata dos crimes hediondos e dos crimes que lhe são assemelhados.

Numa segunda abordagem, cabe observar que a norma criminalizadora do inciso XLIII do art. 5º alavancou um microssistema fechado e autônomo, de origem constitucional, que se coloca ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário. Note-se que o texto constitucional não se resumiu apenas e tão somente ao comando de criminalizar fatos até então sem definição na legislação penal ordinária e aos quais deu a denominação de hediondos. Foi além. Equiparou a esses delitos desconhecidos, no momento da formatação constitucional, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo. Mas o legislador constituinte não se restringiu à explicitação desses quatro tipos penais: recorreu ao sistema penal e ao sistema processual penal preexistentes para deles importar regras restritivas que necessariamente deveriam acompanhar o processo criminalizador: não caberiam as causas excludentes de punibilidade como a anistia e a graça, nem tampouco seria pertinente a fiança. E mais, ao inserir o inciso XLIII no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o legislador constituinte obstou que se pudesse excluí-lo, através de emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

(...)

Numa quarta abordagem, os delitos enquadrados no comando incriminador do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal revelam, por seus termos, que o legislador constituinte emprestou-lhes a mais alta gravidade – insuperável danosidade social estabelecida em nível constitucional –, colocando-os no topo de todo o

sistema penal. Assim, pode o legislador ordinário estabelecer gradações punitivas diversificadas, mas todos os delitos que pertencem ao rol constitucional fazem parte de um só microssistema, com igual gravidade em abstrato.

Numa quinta abordagem, é inequívoca a necessidade de o legislador ordinário estar submetido às limitações penais e processuais penais procedentes do comando constitucional. Diante delas, não lhe compete aferir se são pertinentes ou não. Encontra-se ele diante de um expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer, incluindo, no texto legal, as restrições preestabelecidas. O ato de conformação às limitações provindas do dispositivo constitucional não pode, contudo, ser compensado com o alargamento dessas limitações para efeito de excluir, radical e peremptoriamente, o eventual infrator de qualquer dos tipos, que compõem o microssistema, de outros direitos ou benefícios não relacionados na norma criminalizadora e que participam do sistema penal geral.

(...) Assim, a Lei 11.343/2006, revogatória de todas as leis anteriores sobre drogas, como se fosse um corpo estranho e nada tivesse a ver com o microssistema criado pela norma constitucional criminalizadora do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, estabeleceu, no seu art. 44, um abusivo e ampliado rol de limitações não previstas no texto constitucional. Assim, os crimes referidos nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34 e 37 da Lei 11.343/2006 não seriam suscetíveis, além das restrições contidas no texto originário da Lei 8.072/1990, ao *sursis* e à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

41. Por tudo quanto exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus*. Não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, menos ainda o pronto desfrute da sua liberdade de locomoção. Não é isso. Concedo a ordem para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Equivale a dizer: declaro incidentalmente inconstitucional, com efeito *ex nunc* (na linha do entendimento firmado no HC 82.959/SP, julg. cit.), a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. O que me leva a determinar ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

42. É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 97.256/RS — Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Ayres Britto (Relator), que concedia parcialmente a ordem e declarava incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do art. 44, ambas da Lei 11.343/2006, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, o

Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

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

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

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, o presente *habeas corpus*, de relatoria do Ministro *Carlos Ayres Britto*, discute a **constitucionalidade** de **vedação legal à substituição de pena nos crimes de tráfico de entorpecentes**.

O Relator **concedeu parcialmente a ordem**, para *remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006,* bem como da expressão análoga constante do art. 33, § 4º, da mesma lei, qual seja: "**vedada a conversão em penas restritivas de direitos**". Sua excelência entendeu ser **inconstitucional** esta vedação, considerando que ela **violaria o núcleo semântico da garantia à individualização da pena**, estabelecida no art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

Em seu denso voto, o Relator lembrou que "por todo o período de vigência da Lei 6.368/1976, revogada pela Lei 11.343/2006, e mesmo com o advento da Lei 8.072/1990, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manteve firme no sentido de **admitir a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos**". E, analisando a Lei 11.343/2006, procurou demonstrar que **a proibição nela estabelecida não encontra suporte no sistema de comandos da Constituição Federal**.

Neste sentido, o voto proferido na sessão do dia **18 de março último** destacou, em primeiro lugar, que a Constituição Federal impõe **tratamento igual aos delitos considerados hediondos e equiparados**. A par disto, afirmou que "embora o Magno Texto Federal habilite a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um **limite material: a não concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia** para os que incidirem em tais delitos".

Para o eminente Relator, estas, e somente estas, **seriam "as restrições a ser impostas àqueles que venham a cometer as infrações adjetivadas de hediondas. Não incluindo nesse catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos**". Assim, na linha defendida em seu voto, "**a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto. Subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constrições sobejantes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte**" e enfatizou: "É como penso, atento ao **postulado de que a norma constitucional restritiva**

de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum. (...) Numa frase, **em matéria de crimes hediondos, não há como reforçar o discurso da própria Constituição da República quanto às excludentes de punibilidade ou à proibição de benefício penal a quem responder pela autoria deles**".

Somado a este argumento constitucional, o Relator trouxe ainda o da **garantia da individualização da pena**, à qual a Constituição da República **não impôs qualquer restrição por conta própria**. Neste ponto, salientou que, "embora o preceito não prescinda da **intercalação de diploma legal**, o **núcleo semântico da garantia à individualização da pena não pode ser por ele nulificado**", pontificando que "o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da **personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo**". E chega à seguinte tese:

> Daqui se deduz que **a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento** ou de uma **empírica ponderação** de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa **ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional**.
>
> (...) o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar **para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto** – a cena empírico-penal, orteguiana por definição – **os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei**. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com **ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade de um condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado**.

O Relator lembrou, ainda, afirmação feita pelo Ministro *Eros Grau* no julgamento do HC 82.959/SP, no sentido de que o Congresso Nacional "**não pode impor regra que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos**".

Por fim, o Relator argumentou que a Constituição prestigiou, mais que tudo, a liberdade física das pessoas, fazendo do aprisionamento uma exceção, e sustentou que "Foi exatamente à luz dessa vertente constitucional da convolação que, em 1998, por meio da Lei 9.714, o legislador ordinário **ampliou as possibilidades de aplicação de uma outra modalidade de pena substitutiva do aprisionamento: a restritiva de direitos**. Isso para conferir ao art. 44 do Código Penal a sua atual redação, que fixa as balizas da substituição com base em pressupostos de ordem objetiva e subjetiva. Com o que, reitero, a lei densificou, por mais um modo, a superlativa garantia constitucional da individualização de toda e qualquer reprimenda penal".

Feito esse brevíssimo resumo, passo ao meu voto.

Questiona-se, no presente *habeas corpus*, a **expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos"**, constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e expressão análoga constante do art. 44 da mesma Lei. Leio os dispositivos em questão:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
>
> *§* 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, **as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos**, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
>
> (...)
>
> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, **vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos**.

Alguns aspectos da disciplina normativa da **substituição da pena em nosso ordenamento** me impedem de acompanhar o voto do Relator.

A primeira dificuldade com que me deparei para considerar **inconstitucional** a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no nosso Direito Positivo, a substituição da pena **não é cabível em qualquer crime**. Com efeito, **o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações**, como se observa no seu art. 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo **inconstitucional**, temos de reconhecer que o juiz, em vários casos, é **impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, tendo em vista, justamente, esta **vedação legal**.

Com efeito, ao disciplinar as **hipóteses de cabimento da substituição da pena**, o Código Penal fixou as **diretrizes a serem observadas pelo juiz no momento da sua aplicação**. Leio o que estabelece o art. 44:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e **substituem as privativas de liberdade, quando**:
>
> I – aplicada **pena privativa de liberdade não superior a quatro anos** e o **crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa** ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II – o réu **não for reincidente em crime doloso**;
>
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias **indicarem que essa substituição seja suficiente**.

Como se percebe, a substituição da pena **não cabe em qualquer crime** e, portanto, a atividade **judicial** de individualização da pena encontra este **primeiro balizamento legal**. A aplicação de penas alternativas é **regulada pela lei**, que **estabelece quando elas poderão ser aplicadas**. Noutras palavras: o

instituto da substituição da pena não **deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização da pena**. O nosso ordenamento **não outorga ao juiz essa liberdade ampla de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer caso concreto**. **Somente naquelas circunstâncias específicas previstas na lei é que a substituição será possível**.

Vejamos alguns exemplos. O Código Penal **veda** a **substituição da pena** nos casos de crimes cometidos **com violência ou grave ameaça**. Esta vedação nunca foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E há **crimes menos graves do que o tráfico de drogas** que **incidem nesta proibição**, como por exemplo: **crime de lesão corporal grave**; crime de **aborto**; crime de **roubo simples**. Nenhum desses crimes é considerado hediondo e, mesmo assim, **não é possível a substituição da pena**.

Outra hipótese de **vedação legal** – e, por consequência, abstrata – **à substituição da pena** é a do art. 44, § 3º, do Código Penal, que **a proíbe** no caso de o condenado ser **reincidente específico**. Isto abrange, **por exemplo, aquele que reincide no crime de furto**, que também é um crime muito menos grave do que o tráfico de drogas.

Pergunto: por qual razão não poderia o legislador, **este mesmo que estabeleceu as vedações do art. 44 do Código Penal, vedar a substituição de pena no crime de tráfico de drogas**, que a própria **Constituição da República considerou um crime gravíssimo**, cuja prática autoriza, inclusive, a **extradição** do brasileiro naturalizado (art. 5º, LI – **nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado**, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, **ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, na forma da lei)? Ou será o art. 44 do Código Penal também inconstitucional, por violar o princípio da individualização estabelecido no art. 5º, XLVI, da Constituição da República?

Vamos à Constituição. O art. 5º, XLVI, diz que **cabe à lei regular a individualização da pena** e **adotar, entre outras, as penas ali previstas**. Leio, *ipsis litteris,* o dispositivo constitucional em comento:

> XLVI – **a lei regulará a individualização da pena** e **adotará**, **entre outras**, **as seguintes**:
> a) **privação ou restrição da liberdade**;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;

A meu ver, diante do teor **extremamente amplo** deste dispositivo, a garantia da individualização da pena somente estaria **violada** se o legislador tivesse **impedido por completo a individualização judicial nos crimes hediondos**, em pelo menos um de seus **dois momentos**:

1) o da **aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante** – aí se inserindo a **espécie** de pena aplicável; e

2) o da **execução e cumprimento da pena pelo condenado**.

No caso da **vedação legal à substituição da pena** no crime de **tráfico de drogas**, cuida-se, apenas, de uma **diminuição da esfera de atuação judicial** na aplicação da pena. Não se **extinguiu** a possibilidade de individualização judicial nesta fase da aplicação da pena – se entendêssemos assim, **teríamos de considerar que** o juiz **tem poder para substituir a pena em todos os casos concretos**, independentemente da pena aplicada ou do crime cometido, **o que esbarra no que dispõe o art. 44 do Código Penal**.

Na verdade, a vedação ora analisada alcança, apenas, **uma espécie de pena**: a pena **restritiva de direitos**. Ela **não será cabível em caso de crime de tráfico de drogas**. E **esta vedação legal já existe em nosso ordenamento**, relativamente **a vários outros crimes**.

Na verdade, o art. 5º, XLVI, da Constituição da República, confere **ampla margem de atuação ao legislador penal**, determinando que **a lei estabeleça as normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto**.

Aliás, as penas a serem adotadas pelo legislador **não são**, **apenas**, **aquelas previstas no referido dispositivo constitucional** – que contempla a pena privativa de liberdade e **algumas** penas restritivas de direitos –, **mas também, segundo a própria letra do art. 5º, XLVI, outras a serem estabelecidas por lei**. A única restrição à espécie de **pena** que a lei pode estabelecer é a que se contém no art. 5º, XLVII, que **exclui proíbe a adoção de penas de morte** (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX), **de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis**. No mais, o legislador pode optar, observado o arcabouço normativo constitucional – que, por sinal, trata o **tráfico de drogas de modo mais gravoso** –, pela espécie de sanção penal que **considerar mais condizente com o crime e a realidade social do país**.

No caso da Lei 11.343/2006, o legislador ordinário optou pelo estabelecimento **exclusivo da pena privativa de liberdade** como sanção para o crime de **tráfico de drogas**, tornando **incabíveis as penas alternativas**.

Como leciona *Guilherme Nucci* (*Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38), "Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. **Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho**".

Ou seja, observado este balizamento mínimo, se abstrairmos excessivamente o princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º, XLVI, chegaremos a uma situação em que o legislador **não poderá estabelecer pena alguma**: apenas o juiz poderia individualizar, de acordo com seu julgamento do caso concreto, a sanção penal cabível, dentre aquelas estabelecidas

exclusivamente na Constituição da República. Não é isso, contudo, que nossa Lei Maior pretende, especialmente se considerarmos a **necessidade de observância do princípio da reserva legal**: não há crime sem lei anterior que o defina **nem pena sem prévia cominação legal**. Noutras palavras: somente é possível **aplicar as penas estabelecidas, em abstrato, pelo legislador**.

Dentro do nosso ordenamento jurídico-constitucional, o legislador tem **legitimidade** para estabelecer um **limite mínimo e máximo à atuação judicial na aplicação da pena em concreto**. Por tal motivo, a lei penal pode impor tanto as penas do art. 5º, XLVI, da Constituição da República (que estabelece a **pena privativa de liberdade** e as **restritivas de direitos**), como outras penas ali não previstas, **à exceção das constitucionalmente proscritas**. E o legislador ordinário efetivamente prevê outras penas além daquelas previstas na Constituição da República. Basta olhar o art. 92 do Código Penal, que impõe, por exemplo, a perda de cargo ou função pública, dependendo do crime e da pena; inabilitação para dirigir veículo, quando este for utilizado na prática do crime; perda do pátrio poder, quando o crime é doloso, sujeito a pena de reclusão e cometido contra o próprio filho; etc. Estas sanções penais não estão previstas na Constituição da República, mas não há qualquer norma constitucional que as torne inconstitucionais.

Ainda na lição de *Nucci* (*Individualização da pena*, p. 33), "**para a individualização da pena dar-se de maneira legítima, é indispensável** que haja pena cominada em lei de antemão, bem como **sejam previstos, expressamente, todos os critérios orientadores para a sua quantificação e execução**". E complementa: "**somente a lei penal** (lei em sentido estrito, como norma emanada do Congresso Nacional) **proporciona o** nascimento da figura abstrata do crime, em sentido formal, que nos interessa, bem como o **surgimento da pena**".

Neste aspecto, portanto, da cominação de penas, seja em relação à **espécie cabível em determinados crimes**, seja ao **mínimo e máximo legalmente cominados**, seja, ainda, quanto ao **regime inicial de cumprimento**, a liberdade do legislador é ampla, sendo permeada pelo princípio da **proporcionalidade** e pelas **vedações expressas contempladas na Constituição da República a algumas espécies de pena**. Nesta limitação, não há qualquer norma da Lei Maior que **retire do legislador o poder de vedar as penas restritivas de direitos nos casos que considere mais graves para a sociedade, nem, ainda, que delegue, com exclusividade, ao juiz da causa, a análise da sua aplicabilidade ou não no caso concreto**.

Aliás, a própria Constituição trata os crimes hediondos como delitos **mais gravosos à vida em sociedade**, e o **tráfico de drogas merece um tratamento ainda mais restritivo da própria Constituição**.

Neste sentido, o art. 5º, XLIII, impõe **ao legislador** um tratamento legislativo **diferenciado dos crimes hediondos**, ao estabelecer que "**a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura**, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o **terrorismo** e os **definidos como crimes hediondos**".

Aliás, com a vênia do eminente Relator, considero que estas são as **restrições mínimas no tratamento a ser dispensado** pelo legislador ordinário **aos crimes hediondos**; a Constituição estabelece como **necessárias** essas **vedações legais** à fiança, à graça e à anistia. Contudo, não extraio desse dispositivo **um impedimento a outras vedações legais, pois o preceito em questão** não é **uma garantia para os condenados por crimes hediondos**, mas sim uma **restrição de direitos** dos condenados pela prática desses crimes. Considerar o contrário **significaria que a Constituição da República limitou quais as vedações legais que poderiam ser impostas aos crimes hediondos**, mas **não as limitou em relação a outros crimes**, o que gera profunda perplexidade.

Aliás, sob esta ótica, **seriam inconstitucionais** até mesmo as regras sobre o **regime prisional** cabível (**art. 33 do Código Penal**), o **momento a partir do qual caberá a progressão ou regressão** do regime (Código Penal e Lei de Execuções Penais), que regulam as hipóteses em que caberá **livramento condicional** (art. 83 do Código Penal), *sursis* (art. 77 do Código Penal) e **todas as normas penais** sobre as **penas aplicáveis em cada crime** – ou seja, quando caberá pena de reclusão ou de detenção, de prisão ou de multa, penas alternativas, de perda de cargo ou de função pública –, além de outros institutos penais regidos pela lei, pois **todas estas normas impõem restrições à individualização judicial da pena no caso concreto**.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, o legislador eleito tem legitimidade constitucional **não só para estabelecer limites à atuação do Estado, protegendo o cidadão contra seus excessos, mas também para estabelecer limites à liberdade humana**, como **imperativo da vida em sociedade**.

Considerada a vagueza e abstração das normas constitucionais, o **excesso interpretativo**, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa, produzindo a **inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico elaborado pelo legislador eleito**, especialmente considerando uma Constituição extensa como a brasileira.

Por tais razões, considero que a **possibilidade ou não de aplicação das penas restritivas de direitos a determinados crimes** é tema atinente à **política criminal**, **necessariamente** situada na esfera de **deliberação do Poder Legislativo**, com os balizamentos ditados pelo princípio da proporcionalidade e pelo arcabouço principiológico da nossa Lei Maior, devidamente obedecido no caso dos autos.

Quanto à necessidade de **todos os crimes hediondos terem a mesma disciplina jurídica**, é importante anotar que **a substituição da pena já é vedada em quase todos os outros crimes hediondos**, tendo em vista a redação do próprio **art. 44 do Código Penal, sem necessidade de outras leis neste sentido.**

Com efeito, o Código Penal **impede a aplicação de pena alternativa aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça**, termo este que **abrange os seguintes crimes hediondos: homicídio qualificado** (art. 1º, I, da Lei de Crimes

Hediondos), **latrocínio** (art. 1º, II, da mesma lei), **extorsão qualificada pela morte** (art. 1º, III), **extorsão mediante sequestro na forma qualificada** (art. 1º, IV), **estupro** (art. 1º, V), **estupro de vulnerável** (art. 1º, VI), **tortura** (art. 2º) e **terrorismo** (art. 2º).

Ou seja: os únicos crimes hediondos que **não incorrem na vedação geral do Código Penal** são os crimes de **tráfico**, de **epidemia** e de **falsificação de produtos terapêuticos**. A conclusão, portanto, é de que a vedação imposta pelo legislador na Lei 11.343/2006 à substituição de pena no crime de tráfico de drogas **promove, justamente**, a **igualdade de tratamento entre os crimes hediondos**, **acabando com a distinção do crime de tráfico de drogas**.

Ademais, não há imposição constitucional no sentido de que todos os crimes hediondos tenham idêntico tratamento legislativo. Como visto, a própria Constituição da República estabelece um tratamento diferenciado ao **tráfico de drogas** (art. 5º, LI). Além disso, cada crime tem um impacto diferente na nossa sociedade. Por exemplo, os crimes de "**epidemia com resultado morte**" (**art. 1º, VII, da Lei de Crimes Hediondos**) e de "**falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**" (**art. 1º, VII-B, da Lei 8.072/1990**) – que também são crimes **hediondos**, mas admitem, dentro do ordenamento hoje vigente, a **substituição da pena** – **preocupam muito menos o legislador pátrio do que o crime de tráfico de drogas**, seja porque o tráfico é **estatisticamente mais recorrente** do que os demais, seja pelas **mazelas individuais e sociais por ele causadas**, seja, ainda, porque esse crime gera um **contexto de extrema violência, especialmente nas favelas e comunidades mais pobres do País**.

Assim, tenho firme convicção de que a vedação à substituição da pena nos crimes de **tráfico de drogas** está **de acordo com Constituição e com a realidade social brasileira**, não prejudicando **uma individualização justa, equânime e adequada da pena cabível nesses crimes, de acordo com o caso concreto** – dosimetria da pena, progressão de regime, liberdade condicional, etc.

Quanto às considerações da Procuradoria-Geral da República no sentido da fixação do **regime inicial aberto e concessão do *sursis***, a proposta **viola disposição literal de lei**, que impõe o regime **inicial fechado** aos crimes hediondos – caso do tráfico de drogas, inclusive o praticado nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Assim, a proposta deve ser submetida à instância política que lhe é própria.

Do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Senhor presidente, só queria fazer um brevíssimo resumo.

O que eu disse no meu voto é o seguinte:

> 28. (...) Aqui, "a garantia constitucional da individualização da pena foi regrada pela Constituição em dispositivo posterior àquele referente aos crimes hediondos. Cuidou de crimes hediondos".

E depois foi cuidar de individualização da pena. E sem excluir da garantia da individualização da pena nenhum dos crimes hediondos ou de tráfico de drogas. Ou seja, a garantia em apreço da individualização antecede o próprio rol de penas. O próprio rol de penas é antecedido pela garantia da individualização.

> O Magno Texto Republicano aponta como passíveis de fixação por lei. Quer dizer: ao começar o seu discurso normativo sobre a garantia da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º), a Constituição o fez em termos absolutamente assecuratórios dessa garantia. Ela mesma, sem precisar da lei comum, fez de tal garantia [a individualização] uma cabal situação jurídica subjetiva de todo e qualquer indivíduo, independentemente do crime por ele cometido ou mesmo da pena que venha a sofrer. Daí a mencionada alocação topográfica, para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre [todos os crimes], no sentido de que é permeante assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestar o comando intercalar da Lei, a Constituição o fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto.

Que instituto? Individualização da pena. Em função de cada tipo penal.

> Nunca a Constituição fez o chamamento da lei ordinária "para excluir do âmbito desse peregrino direito adjetivo [individualização da pena] qualquer dos tipos criminais, dado que se trata de situação jurídica ativa concebida para incidir em face de qualquer dos delitos legalmente descritos e do seu específico apenamento. Por isso que nela própria, Magna Carta [parece-me que isso é importante; nela, a Constituição] nenhuma exceção foi aberta à incidência da personalização da reprimenda. Nenhuma. Nem por ocasião do atuar legislativo do Estado nem nas subsequentes fase da dosimetria e do regime de execução intramuros penitenciário. No particular [no caso], cuida-se de enunciado constitucional que escapa à classificação da normas "normas restringíveis" ("normas de eficácia contida", na linguagem de José Afonso da Silva), pois [a garantia constitucional] é insuscetível de contração no seu núcleo deôntico ou de intransigente proteção individual.

Já estou concluindo.

> 29. De se perceber, portanto, que as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas [as alternativas] são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e sua sempre que possível contornáveis sequelas.
>
> 30. Não por ocaso é que a primeira das penas a que se refere o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal é justamente a mais dura de todas: a "privação ou restrição" da liberdade corporal do agente. Em imediata sequência é que vem a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, todas elas, de parelha com a possibilidade da referida aplicação cumulativa, significantes de aplicabilidade alternativa àquela de maior dureza. Opção constitucional

> que, além de cultuar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, traduz que **a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal**. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social.

E assim o juiz natural, o juiz da causa, fazendo ponderações, ultimada a instrução penal, conhecendo a personalidade do agente, as circunstâncias do crime, vai conciliar justiça material e segurança jurídica.

> Que já significa fazer andar de braços dados a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz. Tudo em congruente unidade. Tudo como lídima expressão da categoria jurídico-positiva (não simplesmente lógica) da razoabilidade.

Então, Senhor Presidente, claro que o meu voto é muito longo, mas o núcleo da minha tese é de que a Constituição não habilitou o legislador ordinário para pré-excluir desse ou daquele crime essa possibilidade de imposição de pena restritiva de direito como alternativa ao encarceramento do condenado, do agente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator neste caso, mas vou acompanhar o voto do Ministro Joaquim Barbosa. Não consigo vislumbrar a inconstitucionalidade neste caso, porque, quando o legislador fixou, ele levou em consideração, primeiro, os interesses da sociedade, que a Constituição – como lembrou agora o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, aliás, já havia sido enfatizado, também, pelo Ministro Relator, mas agora em contraponto pelo Ministro Joaquim Barbosa – no sentido exatamente de que se possibilite que, em face de alguns crimes, sejam para eles fixados determinados comportamentos que são impostos ao legislador.

De mais a mais, em outras passagens da legislação penal brasileira, há restrições impostas e nem por isso se tem qualquer inconstitucionalidade. Neste caso, o Ministro Ayres Britto lembra bem, já está apurado quando se vai fixar a possibilidade ou não dessa substituição.

Neste caso, não vejo, realmente, nenhuma redução nem do papel do juiz nem da individualização da pena como fixado constitucionalmente.

Portanto, peço vênia, Senhor Presidente, mas eu acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia à divergência para acompanhar o eminente Ministro Carlos Britto, por duas razões

básicas que já foram enunciadas no doutíssimo voto de Sua Excelência. Em primeiro lugar, o art. 5º, XLVI, da Constituição estabelece que a lei regulará:

> Art. 5º (...)
> XLVI – a lei regulará a individualização da pena (...)

Então, não há espaço para uma lei que negue, que vede, que impeça essa individualização como ocorre no caso.

Parece-me que uma lei que veda a individualização e afasta a possibilidade da aplicação de penas alternativas fere, como disse também o ilustre Ministro Carlos Britto, o princípio da proporcionalidade e até da razoabilidade.

Portanto, pedindo vênia à divergência, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, também vou pedir vênia à divergência para acompanhar o voto do Ministro Carlos Britto.

Tenho voto escrito sobre o assunto, mas não vou cansar o Plenário com a sua leitura, tendo em vista que o debate já foi abrangente. Estou apenas reforçando a ideia de que aqui está em discussão a própria ideia de núcleo essencial. Nós estamos a falar de um direito fundamental à individualização da pena, que não pode ser, portanto, restringindo. Isso foi objeto de ampla discussão quando nós discutimos a questão da progressão de regime que já era objeto de censura – o Ministro Marco Aurélio há muito tempo como voto vencido e, depois, voto vencedor na mudança de composição.

Mas eu chamo atenção inclusive para uma incongruência interna na própria lei que mostra que pode ocorrer um tipo de inconsistência produzida pela decisão legislativa, dizendo o seguinte:

> Em verdade, o próprio § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução de pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência me permite? Só para apoiar o dado que Vossa Excelência está trazendo. Uma pesquisa produzida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em conjunto com a Universidade de Brasília, e financiada pelo Ministério da Justiça, mostrou, em relação ao período de 2008, por exemplo: número de pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil – 69.049; perfil dos presos – 80% são microtraficantes, autônomos e desarmados; 23% são mulheres; 55% são primários; e o índice de aplicação da causa de redução, aquela que permite ser até de quatro anos, prevista no art. 33, § 4º, que Vossa Excelência está citando – 46,3% do caso. É isso que se aplica aí.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Então, faz a redução e impede a substituição da pena corporal por restritiva de direito. Nós apontávamos isso também, quando discutíamos a questão da progressão de regime, quando se mostrou que, em relação, por exemplo, ao crime de tortura, que merece repúdio, expresso no texto constitucional, o legislador acabou facultando a progressão de regime, gerando essa inconsistência interna no sistema. Então, estou dizendo o seguinte:

> Ora, o que se vê é o esvaziamento das razões de política criminal que aconselham a medida de menor apenação no próprio dispositivo que a prevê, impondo, sempre e sempre, o recolhimento ao cárcere de agente cuja ausência de periculosidade necessariamente deverá ser reconhecida, a permitir a redução de pena.
>
> Essa incongruência explicita, a um só tempo, a desnecessidade da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma).

Aqui, tal como já ocorreu no caso da progressão de regime, é claro que esta matéria está submetida a controle de constitucionalidade, não há liberdade para o legislador nesse espaço que é de direito fundamental. Ele tem que se ater à ideia de reserva legal proporcional. O que o Tribunal fez, já no caso da progressão de regime, foi consagrar que o direito à individualização da pena é um direito fundamental, e como tal deve ser tratado.

Claro, o Tribunal não está com isso mandando que haja uma liberação geral, pelo contrário, só está mandando que o juiz faça a devida avaliação, mas o que se está a impedir é que o juiz perca o controle deste juízo, que se retire do juiz essa avaliação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E leve ao cárcere essas pessoas que, em princípio, nada indica venham tornar a delinquir, e que, levando para o cárcere, com certeza...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E que, muitas vezes, nós mesmos sabemos e discutimos isso em alguns *habeas corpus*, estão naquela franja em que não se sabe bem. Hoje, isso vem sendo estudado amplamente, especialmente no que diz respeito ao *crack*, em que não se sabe bem se essas pessoas estão envolvidas realmente como traficantes ou são consumidores. Muitas vezes surge esse debate, tendo em vista a quantidade, a venda para uso, o uso compartilhado, em suma, daí, talvez, a necessidade de que o Tribunal se manifeste no sentido da inconstitucionalidade e, portanto, assegure ao juiz essa possibilidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu só queria dizer que, quando o juiz fica impedido de fazer essa ponderação, o que se está consagrando é a desindividualização da pena.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso foi objeto da discussão ampla quando o Tribunal, à primeira vez, discutiu o tema da progressão de regime. O Ministro Sepúlveda Pertence chamava a atenção para isso dizendo que a individualização em abstrato era exatamente a não individualização.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. A questão de direito debatida neste *writ* envolve a possibilidade (ou não) de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, nas hipóteses relacionadas aos crimes de tráfico ilícito de substância entorpecente previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e nos arts. 34 a 37 da Lei 11.343/2006.

O Pleno desta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão em relação ao crime de tráfico de drogas cometido antes da vigência da Lei 11.343/2006, sendo oportuna a transcrição do acórdão prolatado no julgamento do HC 85.894-5/RJ (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28-9-2007):

> *Habeas corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/1990 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida.

2. Ao relatar o HC 89.976/RJ, ressaltei o seguinte:

> (...) estou convencida acerca da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo no período anterior ao advento da Lei 11.343/2006.

3. Contudo, na linha do precedente desta Corte já referido (HC 85.894-5, Rel. Min. Gilmar Mendes), não encontro razão para tratar o presente caso de modo diferente, ainda que atualmente esteja em vigor o art. 44, da Lei 11.343/2006. Adotando-se o raciocínio já desenvolvido nos votos vencedores do referido julgamento, a norma do art. 44, da Lei 11.343/2006, não pode retroagir para atingir fatos pretéritos, sob pena de violação ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal.

4. A Lei 11.343/2006, no seu art. 44, *caput,* expressamente vedou a conversão das penas privativas de liberdade em penas alternativas, nas hipóteses de condenação pelos crimes de tráfico ilícito de substância entorpecente e outros crimes assemelhados.

A norma contida no art. 44, *caput,* da Lei 11.343/2006, ao expressamente estabelecer a proibição da conversão, apenas explicita regra que era implícita no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade do regime legal de tratamento em matéria de crimes hediondos e a eles equiparados com o regime pertinente aos outros crimes.

Recordo que a Lei 9.714/1998, ao modificar a redação do art. 44 do Código Penal e, assim, ampliar os casos de substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, obviamente não incidiu no âmbito do tratamento legislativo referente aos crimes hediondos e a eles equiparados, inclusive em razão da redação original contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que

expressamente contemplava o regime integralmente fechado para cumprimento da pena corporal.

Mesmo com a nova redação do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, dada pela Lei 11.464/2007, o regime inicial de cumprimento da pena para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes continua sendo o fechado, novamente a demonstrar a incompatibilidade da substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Assim, considero que o sistema jurídico anterior ao advento da Lei 11.343/2006 já não permitia a substituição da pena corporal por pena restritiva de direito em relação aos crimes hediondos e a eles equiparados.

5. Ao se manifestar sobre a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, contida no art. 44 da Lei 11.343/2006, Guilherme de Souza Nucci asseverou o seguinte:

> Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no art. 44, *caput*, desta Lei, por restritiva de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas.
> (Leis penais e processuais penais comentadas, 4. ed., p. 382.)

6. Vale destacar, ainda, o caráter especial da Lei 11.343/2006 em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes.

7. No entanto, tratando-se de norma penal prejudicial ao réu, a vedação do art. 44 da Lei 11.343/2006 somente pode ser aplicada aos fatos cometidos após a sua vigência, como no caso em exame, sob pena de violação ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal.

8. Concluo, portanto, no sentido da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, nas hipóteses de crime de tráfico de entorpecentes cometidos após o advento da Lei 11.343/2006.

9. Ante ao exposto, **denego a ordem**.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, houve uma opção político-normativa, considerada a norma geral do art. 44 do Código Penal. Vemos que, nessa norma geral, sem levar-se em conta a figura do próprio condenado, são apontados óbices à substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direito. Aludo, por exemplo, ao inciso I:

> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

Seguem as condições estipuladas, ligadas à figura do condenado.

Argumentou-se, Presidente, com a problemática da individualização da pena. A regência é realmente constitucional e foi o que levou o Tribunal a concluir pela inconstitucionalidade da Lei 8.072/1990, no que impunha o cumprimento da pena, quanto aos "crimes hediondos", no regime fechado. Mas acontece que, nesse caso, a própria Carta Federal se autolimita ao revelar, no inciso XLIII do art. 5º, que:

> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Porque digo que a Constituição Federal se...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ficou nisso, não foi além disso a Constituição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho certeza que o aparte não é para apoiar o entendimento. Se Vossa Excelência me permitir, concluo o voto.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Certo. Mas aparte é para isso mesmo, é para interromper o raciocínio, a leitura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E não deixar que se desenvolva, de forma concatenada, um raciocínio! A sua estratégia é belíssima.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Mas Vossa Excelência tantas vezes nos interrompe e concedemos a palavra, com todo prazer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não tenho interrompido, Excelência. Tenho aguardado os votos dos Colegas.

Presidente, precisamos, inclusive, racionalizar mais os trabalhos, porque venho presenciando, principalmente nos últimos dias, que integrantes de corrente já majoritária resolvem rediscutir entre si a matéria. Daí a produção baixíssima do Tribunal.

Mas vou adiante.

Por que digo, Presidente, que a Constituição se autolimita? Porque, no caso, ao apontar que o tráfico é inafiançável, afasta a liberdade provisória, presente o flagrante.

Então, cabe indagar: ante o flagrante, considerado o tráfico, o acusado responde a todo o processo preso. Vindo a sentença condenatória, em vez de ter-se a continuidade da custódia para a execução da pena privativa de liberdade, simplesmente se liberta esse acusado?

A meu ver, a opção feita pelo legislador, ao introduzir esse discrímen, afastando a substituição no caso do tráfico, um dos piores crimes que assola o País, mostra-se consentâneo com essa regra constitucional a revelar o crime como inafiançável.

Não consigo harmonizar o fato de alguém, preso em flagrante, responder ao processo sob a custódia do Estado e, vindo a ser condenado, lograr, a seguir, a substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos.

A lei especial surge no campo da opção político-normativa, tendo em conta a quadra vivenciada, opção político-normativa que também levou o legislador a limitar o implemento da substituição nos crimes dolosos e em certas situações.

Por isso, Presidente, peço vênia àqueles que entendem de forma diversa, para concluir que não surge conflitante com a Constituição Federal – que deveria submeter a todos, e parece que às vezes não submete, principalmente em certos segmentos, segmentos administrativos – a lei proibitiva da substituição. Tenho como razoável a vedação, presentes as repercussões sociais da prática criminosa e, por isso, indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia – não é o caso ainda de divergência, porque estamos empatados aos ilustres Ministros que votam em sentido contrário, para acompanhar o eminente Relator por breves razões.

A meu ver, há ofensa, com o devido respeito, ao art. 5º, XLVI, da Constituição, porque o ordenamento jurídico demonstra claramente que hospeda um sistema de alternativas condicionadas de penas. Ou seja, o sistema prevê como tal uma série de penas condicionadas a um conjunto de requisitos, diante dos quais o Juiz deve decidir pela aplicação da pena adequada ao caso concreto.

Ora, a lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir a escolha judicial pela só referência à natureza jurídica do crime. Por quê? Porque a natureza do crime não compõe o âmbito dos critérios de individualização da pena. Não se pode confundir a gravidade do crime com a natureza do crime. A gravidade do crime é apurada em concreto pelo juiz. Daí por que a própria lei prevê que as penas acima de quatro anos – e que, portanto, pressupõem a gravidade do crime – não suportam a conversão. Nesse caso está correto, porque aí está sendo levada em conta a gravidade concreta do crime.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu digo isso em meu voto, Excelência, exatamente isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ao passo que, quando estabelece *a priori* a possibilidade da conversão...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Isso, exatamente, pré-exclusão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): ...ela introduz um fator que não compõe o âmbito dos critérios de individualização, ou seja, impede o juiz de fazer a individualização em concreto, exatamente como, de um modo muito ilustrativo, consta do trecho que Vossa Excelência transcreveu no seu voto – e que recordo agora –, em remissão ao saudoso e falecido Assis Toledo, o qual dizia que, de outro modo, o juiz ficaria impedido de tratar diferentemente o caso

do grande traficante que está preso e o caso da sua companheira que, no dia de visita, leva para ele uma pequena trouxinha de maconha! Ambos seriam tratados igualmente pelo sistema! Isso pode ser até irrelevante do ponto de vista teórico, mas do ponto de vista concreto, de justiça concreta, a meu ver, fere, com o devido respeito, o princípio da individualização.

Razão por que, pedindo vênia aos que pensam diferentemente, concedo a ordem.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, estaria sendo, então, declarando a inconstitucionalidade dessa norma?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É só incidentalmente. Só para efeito de concessão da ordem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Incidentalmente. Então, não tem problema de ser cinco a quatro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É só para efeito de concessão da ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, como?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não haverá, portanto, declaração de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há necessidade de declarar inconstitucional o preceito proibitivo da conversão, porque a maioria contrapõe a ela o critério da individualização. Há necessidade de ter-se seis votos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Acho que se poderia se conceder a ordem. Agora, poderíamos nos abster de declarar a inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então qual é o fundamento do afastamento do dispositivo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas como? Afasta-se um preceito legal sem tê-lo como inconstitucional? Como?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ou aguardamos o Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas temos que conceder uma liminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É, concedemos a liminar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Conceder a liminar sim, só para proclamar o resultado é que acho que não há possibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concede-se e aguarda-se o voto do Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu só gostaria de ressaltar que eu estava concedendo exatamente para – acho que na linha do que o Ministro Britto também estava fazendo e acho que a maioria que se formou – para que, uma vez afastada a proibição seja...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, pelo princípio da legalidade, só é dado afastar o preceito colando a ele a pecha de inconstitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O afastamento está se dando por causa de inconstitucionalidade declarada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Advertindo, parece-me que o paciente já cumpriu a pena.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Então, não há liminar a ser deferida.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Cumpriu, perdeu o objeto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Se cumpriu, perdeu o objeto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Já cumpriu a pena?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É lamentável.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu não tenho essa informação, aqui.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Aparentemente. O ilustre Relator é que poderia dizer.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É, mas eu não tenho, aqui. Trarei na próxima semana.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pelo jeito, simplesmente treinamos para um julgamento futuro!

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Não, o debate foi ótimo. Foi muito bom.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Estamos fixando uma postura.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, na verdade, essa técnica da prejudicialidade poderia ser até revista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas qual é o efeito prático? A jurisdição tem sempre um efeito prático. Uma concretude.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas nós transformamos o que seria controle incidental em controle concentrado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão será simplesmente declaratória, não será constitutiva?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, os americanos fazem exatamente isso em controle incidental.

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

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O sistema americano é um, o brasileiro é outro, o alemão é totalmente diferente...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Desde que seja útil para o caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Sim, só por isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Estou recebendo uma informação, aqui, da assessoria, Ministro Peluso, de que com quase toda certeza ele não cumpriu a pena.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não poderíamos correr o risco de deixá-lo preso sem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Implementa a liminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Deixe-me ver se o relatório diz isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência concedeu liminar ou não?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É, concedemos a liminar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência concedeu liminar?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Não, estou propondo a concessão da liminar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para afastar a execução da pena.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Adiro à proposta de concessão de liminar, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque não é possível determinar a substituição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Tem que se afastar, pelo menos provisoriamente. Acho que tem que afastar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): A pena foi de 1 ano e 8 meses e não foi concedida a liminar até então. Até hoje.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): A sentença permitiu que ele recorresse em liberdade. Ele foi condenado em segundo grau. Não sei se foi preso ou não. Acho que ele não cumpriu essa pena. Essa pena não está cumprida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Concede a liminar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho melhor concedermos liminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ministro Peluso, já chegou a informação. Está preso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, vamos conceder a liminar para expedir o alvará de soltura até que o Ministro Celso de Mello possa pronunciar.

O Ministro Celso de Mello retorna no dia 30. Quer dizer que, na próxima sessão...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Na mesma decisão que tomamos na progressão do regime, daquela vez, removemos o óbice.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O Tribunal está de acordo, então, em conceder a liminar?

Então, provisoriamente, o julgamento é o seguinte:

O Tribunal, em princípio, concede a ordem contra os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. E, por unanimidade, concede a ordem para determinar a expedição de alvará de soltura do paciente até que o julgamento seja concluído com o voto do Ministro Celso de Mello.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A ordem não seria defere a liminar, Presidente?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Como aquela cláusula "se por outro motivo não estiver, se por outro motivo não estiver preso".

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria não a concessão da ordem, mas de liminar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Defere a liminar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Defere a liminar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Porque vamos aguardar...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, na próxima semana, nós trazemos a julgamento com o Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): E na próxima semana eu trago a informação precisa, completa se está preso, de fato, se não está preso, porque veio uma informação de que ele ainda estaria preso, mas é preciso ver se não é por outra condenação ou se é por essa condenação. Eu trarei na próxima semana.

EXTRATO DA ATA

HC 97.256/RS — Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após os votos dos Ministros Ayres Britto (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Ministro Cezar Peluso (Presidente), concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio, denegando a ordem, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello (licenciado). O Tribunal, por unanimidade, deferiu liminar.

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

Brasília, 26 de agosto de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Senhores Ministros, o que estou submetendo a Vossas Excelências não chega a ser uma questão de ordem, senão um esclarecimento quanto ao HC 97.256, do Rio Grande do Sul, do qual foi Relator o Ministro Ayres Britto, e onde acordamos conceder a liminar, mas parece que não ficou muito claro o teor dessa liminar. Se seria, eventualmente, para expedir alvará de soltura, ou se seria apenas para remover os obstáculos para apreciar a substituição das penas.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): A fim de que o juiz da execução penal possa fazer.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só para remover os obstáculos constantes daquelas duas normas para que o Juízo aprecie se deve substituir as penas ou não.

Então, foi isso que nós decidimos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, percebi de outra forma. Percebi que, no caso, a liminar implicaria a soltura, porque o que se discute é a substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direito e houve a formação da maioria, muito embora sem se contar com seis votos no sentido da inconstitucionalidade da lei proibitiva da transformação.

Creio que – se se assenta que as premissas são essas –, tendo o paciente direito à transformação, cabe, a meu ver, implementar a soltura.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): O meu voto de mérito foi pela entrega ao juiz dessa aferição em concreto, já sem o óbice da convolação. Quer dizer, nós assentamos aqui que é possível transformar pena privativa de liberdade em restritiva de direito, mas que o juiz da execução penal faça essa aferição de natureza subjetiva. Então, meu voto de mérito foi esse, parece-me que a liminar não pode ir além do mérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas é isso que seria importante se Vossa Excelência pudesse ler o pedido, porque, segundo o que está transcrito aqui, inclusive no relatório de Vossa Excelência:

> Nas palavras da impetração:
> (...) No presente caso, esses fatos são: prática de tráfico de pequena quantidade de entorpecente, por agente cujas circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis e condenado à pena mínima prevista para o crime.
> (Fl. 4.)

Em outras palavras, está parecendo que o pedido é exatamente para concessão de alvará de soltura.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu já me inteirei, ele responde a outro processo. Ele está cumprindo duas penas privativas de liberdade, por isso achei prudente entregar ao juiz.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, Presidente, de qualquer forma, a soltura é sob a condição de ele não estar sob a custódia do Estado por motivo diverso do retratado neste processo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Será solto pelo crime deste processo; se estiver respondendo preso, por outro, continuará preso por esse outro.

É, ele foi condenado neste caso aqui a uma pena de um ano e oito meses de reclusão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Já que o Ministro Celso de Mello está aí, não seria o caso de colher o voto?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente, isso que vou dizer: vamos colher o voto de Vossa Excelência, aproveitamos e já resolvemos o julgamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É a única coisa que falta para finalizar.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Tenho **plenas** condições, Senhor Presidente, **de proferir**, *na sessão de hoje*, **o voto** necessário à superação do empate **que se registrou** neste Egrégio Plenário, **notadamente** porque tenho reconhecido, em julgamentos realizados na colenda Segunda Turma, a possibilidade da conversão, em pena restritiva de direitos, da sanção privativa de liberdade, eis que reputo inconstitucional a vedação estabelecida, "*a priori*", pelo legislador...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se Vossa Excelência me permite? Mais do que isso, porque essa também é nossa posição, mas está em discussão aqui a questão da inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão de sua pena restritiva de direitos, constante do 44, ambos da Lei 11.343". Então, como posição conhecida, independentemente de declaração de inconstitucionalidade, aqui foi suscitada a questão de inconstitucionalidade, e ficamos aguardando o voto de Vossa Excelência, porque não tínhamos quórum para isso.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Como salientado, **posso** proferir, *desde já*, o meu voto sobre a *questão prejudicial* de constitucionalidade **pertinente** à vedação legal ora questionada na presente causa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Quanto a isso não há dúvida. Então, precisamos do voto de Vossa Excelência, também, quanto à questão do resultado final do julgamento. Porque, na verdade, a impetração é para a concessão, desde logo, dessa substituição.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Estou pronto a proferir o meu voto, **mesmo** porque entendo que a substituição referida caberá, *sempre*, ao magistrado, a quem compete proceder a uma avaliação casuística, considerados os requisitos subjetivos e os pressupostos objetivos necessários à conversão da pena reclusiva em sanção restritiva de direitos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Foi como votei, também; como votamos no caso da progressão de regime penitenciário, a mesma coisa, por condenação em crime de droga, remoção do óbice.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Afasta-se apenas o óbice.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Exatamente. Estamos afastando esse *indevido* obstáculo legal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Com isso declarando inconstitucional o impedimento taxativo da norma. Certo?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Com isso, o fundamento é que haveria uma inconstitucionalidade nessa vedação absoluta prescrita na lei, de tal maneira que se afasta no caso concreto o óbice para que o magistrado possa avaliar e incidentalmente fica declarada a inconstitucionalidade das expressões que impedem...

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Passo**, então, **a proferir** o meu voto. **E**, ao fazê-lo, **assinalo**, Senhor Presidente, **que se revela inteiramente** acolhível a pretensão de inconstitucionalidade **deduzida** pela parte ora impetrante, **eis que** a expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", **inscrita no art. 44** da Lei n. 11.343/2006 **e reproduzida no § 4º do art. 33** da nova Lei de Drogas, **está em frontal colidência** com o que dispõe a Constituição da República (art. 5º, XLVI).

Mostra-se importante ter presente, no caso, **quanto** à Lei n. 11.343/2006, que o seu art. 44 (**e** também o § 4º do seu art. 33) **proíbe**, de modo abstrato **e** "*a priori*", **a substituição**, por penas **restritivas** de direitos, da pena **privativa** de liberdade **nos** "***crimes previstos** nos art. 33, 'caput' e § 1º, e 34 a 37 desta Lei*".

Essa vedação apriorística de conversão da pena privativa de liberdade, por sanções restritivas de direitos, imposta **no art. 44 e no art. 33, § 4º**, ambos da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), **não pode** ser admitida, **eis** que se revela **manifestamente incompatível com o princípio da individualização da pena**, dentre **outros** postulados consagrados pela Constituição da República, **independentemente** da gravidade objetiva do delito.

É por tal razão que esta Suprema Corte – **examinando** a questão suscitada pela parte ora impetrante – **tem admitido**, *tanto* em sede liminar (**HC 101.205-MC/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 103.308-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 103.459-MC/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) *quanto* em julgamentos colegiados (**HC 100.590/DF**, Rel. Min. EROS GRAU, **v.g.**), **a possibilidade jurídica** de substituição da pena **privativa** de liberdade por pena **restritiva** de direitos, **recusando-se**, por esse motivo, a aplicar a vedação que se contém nos referidos dispositivos, **como o evidencia recente** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> "***HABEAS CORPUS**". **CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.***

***A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra**, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16-10-2009 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12-12-2010.*

***Ordem concedida**.*

(**HC 102.678/MG**, Rel. Min. EROS GRAU – **Grifei**.)

Esse entendimento, que venho de referir, **também encontra apoio** no magistério de eminentes penalistas, **cujas lições**, no tema, **reconhecem possível a substituição**, por pena **restritiva** de direitos, da pena **privativa** de liberdade **imposta** àquele que for condenado **pelo crime** de tráfico de entorpecentes, **desde** que satisfeitas as condições **previstas no art. 44** do Código Penal, **a despeito** da proibição estabelecida **pelo art. 44 da nova** Lei de Drogas (GILBERTO THUMS e VILMAR PACHECO, "**Nova Lei de Drogas**", p. 290/291, item n. 3.2, 2007, Verbo Jurídico; GERALDO LOPES PEREIRA, "**Possibilidade de Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos no Tráfico**"; ANDRÉ LUÍS CALLEGARI e MIGUEL TEDESCO WEDY (Coord.), "**Lei de Drogas: Aspectos Polêmicos à Luz da Dogmática Penal e da Política Criminal**", p. 156/169, 2008, Livraria do Advogado, **v.g.**), **valendo referir**, no ponto, **a autorizada observação** de SANDRO MARCELO PARIS FRANZOI, ("**A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante na Nova Lei de Tóxicos**", vol. 40/19-28, **Revista IOB** de Direito Penal e Processual Penal):

***Neste contexto**, decerto que se equivocou o legislador em vedar, genericamente, no art. 33, § 4º, a substituição da pena privativa de liberdade por reprimenda restritiva de direitos quando da elaboração da nova lei de tóxicos (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006), pois padronizou hipóteses diversas, tratando-as com o mesmo rigor. O retrocesso é de clareza solar porquanto estigmatiza parte da delinquência, independentemente da análise subjetiva dos fatos e gravidade real da conduta, afastando-se da melhor maneira de ressocialização, desprezando os princípios da isonomia, da individualização da pena e, com isso, voltando a aproximar-se do odioso direito penal do terror. Por outro lado, a equação legislativa parece-nos até contraditória, pois, ao mesmo tempo em que admite a redução da pena para réus primários, impõe-lhes sistematicamente a cruel pena de prisão. Foi dado com uma mão e tirado com a outra, um verdadeiro contrassenso.*

***De outra volta**, convém não olvidar que toda pena está limitada pela culpabilidade do agente, cuja autêntica função no sistema jurídico penal é formar uma barreira intransponível para proibir, irrestritamente, o excesso legislativo na cominação da quantidade da sanção, na eleição da espécie de pena e na escolha do regime carcerário para o desconto de eventual reprimenda. Nesta esteira, ensina Jorge Figueiredo Dias que:*

> *"A função da culpabilidade, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático. E a de, por esta via, estabelecer uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar."*

***Essa é uma verdade que transpassa o tempo**, pois, mesmo quando o homem aceitava a hoje repudiada teoria absoluta da pena, fundada na retribuição e no pensamento de que a pena era a expiação do mal causado pelo crime, já se reconhecia a culpabilidade como princípio absoluto para a aplicação da reprimenda e a vedação incondicional de imposição de uma pena que violasse a dignidade da pessoa humana.*

***Assim**, é evidente que a culpabilidade do real traficante de entorpecentes, pernicioso à sociedade por financiar e estar diretamente ligado a uma gama de outros crimes, além de induzir e manter parte da sociedade enferma, não é a mesma do jovem dependente químico que se envolve ocasionalmente com o tráfico para sustentar seu vício e que, por isso, merece tratamento diferenciado em homenagem ao princípio da isonomia, de 'status' constitucional.*

***Quem** milita no foro criminal sabe que, na maior parte dos casos envolvendo o tráfico ilícito de entorpecentes, a quantidade de droga apreendida é pequena e as pessoas condenadas como traficantes em verdade não são, a rigor, aqueles que dominam o comércio e a distribuição de drogas. Ao contrário, são de fato, 'mulas' ou pequenos mercadores, e comumente indivíduos sem qualquer periculosidade, que não apresentam grave risco à sociedade e, portanto, não devem receber indistintamente a pena de prisão.*

***Não se está aqui para defender a aplicação indiscriminada da substituição da pena de prisão para traficante**, mas é sabido que é preciso separar o joio do trigo. Isso somente se dará se for atribuído ao julgador, no caso concreto, o poder de escolha das penas a serem aplicadas. É indispensável confiar na atividade desenvolvida pelo magistrado e na sua prudente análise dos fatos, arredando do sistema jurídico as fórmulas abstratas que contrariam diretamente os dispositivos constitucionais da isonomia e da individualização da pena, passíveis de se tornarem objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.* (**Grifei**.)

Importante destacar, ainda, nessa linha, **em face** de sua extrema pertinência, **a oportuna advertência** de PAULO QUEIROZ ("**Vedação de Pena Restritiva de Direito na Nova Lei de Drogas**"):

***Como é sabido**, a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006), diferentemente da lei anterior (Lei n. 6.368/76), proibiu, expressa e terminantemente, quanto ao crime de tráfico e equiparados, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, além de considerá-los inafiançáveis e insusceptíveis de 'sursis', graça, indulto etc. (art. 44).*

(...)

***Mas isso não impede que o juiz**, senhor que é da individualização da pena, de dar à nova lei interpretação conforme a Constituição, tomando como parâmetro a legislação infraconstitucional inclusive, especialmente o Código Penal.*

***Com efeito**, não parece razoável que sentenciados por crimes de tráfico e similar não tenham direito à substituição, enquanto outros condenados por delitos tão ou mais graves (v.g., peculato, concussão, corrupção passiva, crime contra o sistema financeiro) possam fazer jus ao benefício. (...). Ora, é evidente que semelhante tratamento ofende o princípio da isonomia, sobretudo porque o critério de aferição da maior gravidade do crime (desvalor de ação e resultado) e, portanto, da condenação, é essencialmente formal: objetivamente, a pena cominada ou imposta; subjetivamente, a existência ou não de antecedentes.*

***Logo**, não faz sentido, por exemplo, que duas pessoas, igualmente primárias e sem antecedentes, que cometam crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, sofram a mesma pena (digamos, dois anos de prisão), mas tenham tratamento sensivelmente desigual: uma fará jus à substituição e a outra não, só por ser tráfico de droga o seu crime e, pois, existir vedação legal no particular. Note-se que o crime do beneficiado pela substituição poderá ser eventualmente hediondo inclusive (v.g., falsificação de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), a demonstrar, ainda mais contundentemente, a violação ao sistema de valores e princípios constitucionais.*

***Portanto**, não parece justo ou razoável, nem conforme os princípios de proporcionalidade, individualização da pena e isonomia, que o juiz, ao condenar o réu por crime de tráfico a pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la em virtude da só vedação legal, mesmo porque a missão do juiz já não é mais, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição (Ferrajoli). (...).*

***Parece-nos enfim que**, apesar da vedação legal do art. 44 e 33, § 4º, final, ao juiz é dado substituir, fundamentadamente, a pena de prisão por pena restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao réu e a substituição seja socialmente recomendável, nos termos da lei e do Código Penal (art. 44), por ser a legislação penal fundamental.*

(**Grifei**.)

Essa repulsa doutrinária **e** jurisprudencial a preceitos legais, como esses que venho de mencionar, **decorre** da premissa de que o Poder Público, **especialmente** em sede penal, **não** pode agir **imoderadamente**, pois a atividade estatal, **ainda mais** em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente **condicionada** pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, **a exigência** de razoabilidade **traduz limitação material** à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, **exatamente** por viabilizar o controle de sua **razoabilidade**, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, **inclui-se**, por isso mesmo, **no âmbito** da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado **pela jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **que**, *por mais de uma vez*, **já advertiu** que o Legislativo **não pode** atuar de maneira imoderada, **nem formular** regras legais cujo conteúdo revele deliberação **absolutamente divorciada** dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, **neste ponto**, **o tema** concernente ao **princípio da proporcionalidade**, que se qualifica – **enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais** (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4. ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 46, item n. 3.3, 2. ed., 1995, Malheiros) – **como postulado básico de contenção** dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, **após destacar** a ampla incidência desse postulado **sobre os múltiplos aspectos** em que se desenvolve a atuação do Estado – **inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa** – **adverte que o princípio da proporcionalidade**, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito **e** imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, **proíbe** o excesso **e veda** o arbítrio do Poder, **extraindo** a sua justificação dogmática **de diversas** cláusulas constitucionais, **notadamente** daquela que veicula, **em sua dimensão substantiva ou material**, questões pertinentes ao direito penal fundamental (RAQUEL DENIZE STUMM, "**Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Direitos Humanos Fundamentais**", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 352/355, item n. 11, 4. ed., 1993, Malheiros).

Como **precedentemente** enfatizado, **o princípio da proporcionalidade** visa **a inibir e a neutralizar** o abuso do Poder Público **no exercício** das funções que lhe são inerentes, **notadamente** no desempenho da atividade de caráter legislativo. **Dentro dessa perspectiva**, o postulado em questão, **enquanto** categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, **atua** como verdadeiro parâmetro de aferição **da própria** *constitucionalidade material* dos atos estatais.

Isso significa, **dentro da perspectiva** da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, **que este não dispõe** de competência para legislar **ilimitadamente**, **de forma imoderada e irresponsável**, **gerando**, com o seu comportamento institucional, **situações normativas de absoluta distorção e**, até mesmo, **de subversão** dos fins que regem o desempenho da função estatal.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, **tem censurado a validade jurídica** de atos estatais, que, **desconsiderando** as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, **veiculam** prescrições **que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas** de causa legítima, **exteriorizando** abusos inaceitáveis **e institucionalizando** *agravos inúteis e nocivos* aos direitos das pessoas (**RTJ 160/140-141**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 176/578-579**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Daí a advertência de que a interdição legal "*in abstracto*", **vedatória** da substituição, por penas restritivas de direitos, da privativa de liberdade, **como** na hipótese **prevista** no art. 44 e no art. 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006, **merece** censura do Supremo Tribunal Federal, **considerados** os múltiplos postulados constitucionais violados, **eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz** na aferição casuística da existência, ou não, **da possibilidade**, **em cada** situação concreta, da conversão da pena privativa de liberdade por sanção penal alternativa.

Com efeito, atendidos os requisitos de índole subjetiva **e** os de caráter objetivo, **previstos** no art. 44 do Código Penal, **torna-se viável** a substituição, por

pena **restritiva** de direitos, da pena **privativa** de liberdade **imposta** aos condenados pela prática dos delitos **previstos** no art. 33, "*caput*" **e** § 1º, **e** arts. 34 a 37, **todos** da Lei 11.343/2006.

Com estas considerações, Senhor Presidente, **e acompanhando** o eminente Relator – *que me parece* ter votado nesse mesmo sentido –, **entendo inconstitucional** a cláusula normativa **que veda** a conversão, *em pena restritiva de direitos*, da sanção privativa de liberdade, *tal como se acha prevista* no § 4º do art. 33 **e** no art. 44, **ambos** da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

É o meu voto.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Exatamente nesse sentido.

EXTRATO DA ATA

HC 97.256/RS — Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, concedeu parcialmente a ordem, contra os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, com votos proferidos na assentada anterior, os Ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Ricardo Lewandowski, ocasionalmente.

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

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

HABEAS CORPUS 97.544 — SP

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Cleonesio Gasparoto — Impetrante: Cesar Augusto da Costa — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Magistrado que julgou o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato. 3. Impedimento. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. 4. Impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: *Habeas corpus* impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado:

> *Habeas corpus. Causas de impedimento e suspeição. Hipóteses taxativas. Interpretação ampliativa. Impossibilidade. Art. 252, III, do CPP. Impedimento do juiz que tiver atuado no feito em outra instância. Garantia do princípio do duplo grau. Magistrado que exerce jurisdição em processo criminal, após ter proferido sentença em ação civil pública. Inexistência de impedimento. Ordem denegada.*
>
> 1. As causas de impedimento e suspeição de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa.
>
> 2. O disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição, como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau.
>
> 3. Não há impedimento quando o juiz exerce, na mesma instância, jurisdição criminal, após ter proferido sentença em ação civil pública.
>
> 4. Ordem denegada.

2. O Juízo da Vara Única da Comarca de Santa Rosa de Viterbo/SP julgou procedente ação civil pública para destituir o paciente da função de Conselheiro Tutelar daquela cidade, decretando ainda sua inelegibilidade para a mesma função até 12-2-2017.

3. O impetrante afirma que os mesmos fatos que sustentaram a condenação do paciente na ação civil pública foram utilizados pelo Ministério Público para

denunciá-lo pelos crimes tipificados no art. 216-A do CP[1] (duas vezes), no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941[2] (três vezes) e do art. 240, § 2º, I, da Lei 8.069/1990[3], observada a regra do concurso material (art. 65 do CP).

4. O impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em virtude de a ação penal estar sendo conduzida pelo mesmo magistrado que o condenou na ação civil pública.

5. Requer, liminarmente, a suspensão do trâmite da ação penal; no mérito, a concessão da ordem para anular o feito desde o recebimento da denúncia, com a determinação de que os autos sejam remetidos ao substituto legal do juiz impedido.

6. A liminar foi deferida.

7. A Procuradoria-Geral da República é pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A jurisprudência do STF está alinhada no sentido de que o rol das causas de impedimento do art. 252 do CPP é taxativo (HC 92.893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJE* de 12-12-2008; HC 77.930, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 9-4-1999; HC 67.997, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 21-9-1990; HC 92.893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 12-12-2008; HC 73.099, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 17-5-1996; e HC 68.784, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 26-3-1993).

2. A questão posta nesta impetração diz com a imparcialidade do magistrado que condenou o paciente em ação civil pública e, depois, recebeu denúncia em ação penal pelos mesmos fatos.

3. Esta Turma, no julgamento do HC 86.963, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, concedeu a ordem para anular acórdão prolatado em recurso de apelação criminal porque um dos desembargadores havia se pronunciado a respeito da qualificação dos fatos em procedimento administrativo disciplinar:

Ementa: *Habeas corpus*. *Pedido apreciado de ofício e denegado. Cabimento. Magistrado que julgou recurso administrativo. Pronunciamento de direito sobre a*

---

[1] "Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função."

[2] "Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:"

[3] "Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

(...)

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;"

questão. Posterior participação no julgamento da apelação criminal. Impedimento existente. Ordem concedida.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha afirmado, na ementa do acórdão impugnado, que não conhecia do pedido, o mérito foi apreciado e a ordem denegada. Assim, conhece-se do presente *habeas corpus*.

O desembargador relator do recurso administrativo pronunciou-se de direito sobre a questão e manteve a pena de demissão, com análise detalhada dos fatos imputados ao paciente. Considerações que, no mínimo, tangenciam o mérito da ação penal.

Posterior participação no julgamento do apelo criminal fere o princípio do devido processo legal.

Ordem concedida, para que se determine a realização de novo julgamento, declarado nulo o acórdão de que participou o magistrado impedido, nos termos do art. 252, III, do Código de Processo Penal.

Como o paciente está preso em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória confirmada pelo acórdão que ora se anula, deve ser expedido alvará de soltura em seu favor.

(HC 86.963, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 17-8-2007.)

4. Note-se bem que em situações como essa não se está a criar, pela via da interpretação, hipótese de impedimento estranha às previstas nos incisos I a IV do art. 252 do CPP. O que se faz, tão somente, é conferir interpretação extensiva a seu inciso III, qual o autoriza o art. 3º da codificação[4].

5. No caso sob exame, repito, o juiz que recebeu a denúncia anteriormente instruíra e julgara ação civil pública, nela prolatando sentença condenatória em razão da mesma questão que ensejou a denúncia. Daí que, como apreciara os mesmos fatos, valorando-os e sobre eles tendo decidido na ação civil pública, é como se, no bojo da ação penal, sua imparcialidade reste comprometida.

6. Embora atuando na mesma instância, mas em feito de distinto caráter, resulta impedido, diversamente do que ocorreria se ele, juiz, estivesse a exercer jurisdição em outra ação civil pública proposta contra outro réu, embora em torno dos mesmos fatos. Aqui se trata da mesma questão [mesmos fatos e mesmo réu]. Logo se pronunciou, o juiz, na sentença condenatória que proferiu na ação civil pública, sobre a questão. Dou interpretação extensiva ao inciso III do art. 252 do CPP[5], para afirmar que a expressão "instância", no preceito, não há de ser entendida como conotativa exclusivamente de "grau de jurisdição".

Concedo a ordem para anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, determinando a remessa dos autos da AP 193/2007, em trâmite no Juízo da Vara Única da Comarca Santa Rosa de Viterbo/SP, ao substituto legal do Juiz de Direito Alexandre Cesar Ribeiro.

---

[4] "Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

[5] "Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

(...)

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;"

EXTRATO DA ATA

HC 97.544/SP — Relator: Ministro Eros Grau. Paciente: Cleonesio Gasparoto. Impetrante: Cesar Augusto da Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, concedendo a ordem, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Eros Grau. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 4 de maio de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de *habeas corpus*, da relatoria do Ministro Eros Grau, em que se discute a existência de parcialidade, impediente de exercício de jurisdição, nos casos em que o magistrado competente para julgar feito criminal é o mesmo que julgou anteriormente ações de natureza cível, decorrentes dos mesmos fatos.

O voto do Relator, Ministro Eros Grau, observa a existência de farta jurisprudência desta Corte no sentido de que o rol das causas de impedimento do art. 252 do Código de Processo Penal é taxativo, e que não pode ser ampliado pela via da interpretação.

Contudo, entendeu o Relator não ser o caso de ampliar-se o rol de impedimentos do citado artigo, mas tão somente de dar interpretação extensiva ao conteúdo do inciso III do art. 252.

Consoante o voto do Relator, nestes autos trata-se de magistrado que recebeu a denúncia após ter instruído e julgado ação civil pública, nela lançando sentença condenatória, o que seria o bastante para, com apoio no mencionado dispositivo, declarar a nulidade da ação penal desde o recebimento da inicial, a fim de consignar que o termo "instância", ínsito àquele dispositivo, alcança juízo de outra natureza, no mesmo grau de jurisdição.

Naquela assentada, após o voto do ilustre Relator, pedi vista.

Pedindo vênias ao Relator, entendo não se tratar de causa de impedimento o fato de um juiz com jurisdição ampla julgar, sucessivamente, o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato.

Quando esta Corte Suprema assenta que não se pode estender, pela via da interpretação, o rol do art. 252 do Código de Processo Penal, quer ela dizer que não é possível ao Judiciário legislar para incluir causa não prevista pelo legislador. Essa inclusão pode se dar por analogia pura e simples, como também pela dita interpretação extensiva, que nada mais é do que a inclusão, a partir de um referencial legal, de um item não previsto em um rol taxativo.

O dispositivo legal tem a seguinte redação:

> Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo que:
> (...)
> III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

Interpretar-se por extensão essa redação, para inserir-se a manifestação em processo cível na mesma jurisdição e instância, em nada difere da inclusão, pela via da interpretação, de novo dispositivo legal impediente de exercício de jurisdição não contemplado pelo legislador.

É clara a intenção da norma ao fixar como critério de impedimento o exercício da função "em outra instância", o que certamente não é o caso de varas únicas onde o magistrado exerce, ao mesmo tempo, jurisdição cível e jurisdição penal.

A teleologia da norma é a de impedir que o duplo grau de jurisdição seja mitigado em razão da participação, em ambos os julgamentos, de magistrado que já possui convicção formada sobre os fatos e sobre suas repercussões criminais. A norma não visa atingir o tratamento do mesmo fato, em suas diversas conotações e consequências, pelo mesmo juiz.

Nem poderia ser diferente, haja vista o fato de as pequenas comarcas do Brasil possuírem apenas uma vara e um juiz. Entender que o mesmo fato – com repercussões administrativas, cíveis ou penais – deve ser julgado por juízes diferentes, exigiria a presença de no mínimo dois magistrados em cada localidade do País.

Nada obsta ao juiz entender que, comprovado o fato, dele se obtenham apenas efeitos cíveis, não mais criminais. Não há comprometimento do julgador com as consequências dos atos por ele reconhecidas em julgamento anterior, na mesma instância, porém em outra esfera.

Não é de hoje que esta Corte Suprema vem entendendo pela impossibilidade de criação jurisprudencial – pela via da interpretação – de causas de impedimento. Nesse sentido, cito alguns precedentes:

> *Ementa: Processual penal. Habeas corpus. Presidência de inquérito. Impedimento do magistrado. Inocorrência. Art. 255 do CPP. Rol taxativo. Precedentes. Juizado de instrução. Inocorrência. Incompatibilidade do art. 75 do CPP com a Constituição. Inexistência. Ordem denegada.* I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, *grosso modo*, as competências da polícia judiciária. IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação

penal. V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI – Ordem denegada.
(HC 92.893/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJE* de 12-12-2008.)

Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Impossibilidade de reexame do conjunto probatório dos autos. Sentença condenatória fundamentada. Preclusão da arguição de inépcia da denúncia. Comportamentos típicos atribuídos aos recorrentes descritos na denúncia. Impedimento e suspeição. Código de Processo Penal. Hipóteses taxativas. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal segundo a qual não é possível reexame de provas na via do *habeas corpus*. 2. Sentença condenatória fundamentada com base nos fatos e nas provas que permeiam a lide. 3. A arguição de inépcia da denúncia está coberta pela preclusão quando, como na espécie, aventada após a sentença penal condenatória, o que somente não ocorre quando a sentença vem a ser proferida na pendência de *habeas corpus* já em curso. Precedentes. 4. Denúncia que contém "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", com adequada indicação da conduta ilícita imputada aos recorrentes, de modo a propiciar a eles o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal). 5. Hipóteses descritas no art. 252 do Código de Processo Penal. Rol taxativo. 6. Recurso ao qual se nega provimento.
(HC 98.091/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 16-4-2010.)

Dessa forma, pedindo vênia ao ilustre relator, não vejo como interpretar-se extensivamente o art. 252, III, do CPP sem criar-se judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei.

Nesses termos, inaugurando a divergência, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, vou acompanhar a divergência, mas gostaria de lembrar que fui Relator aqui nesta Turma de um caso parecido. A distinção é que, naquele caso, o juiz instruíra processo administrativo e, posteriormente, fora guindado ao Tribunal de Justiça. Lá funcionou no processo criminal. Aqui, não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Aqui ele é o juiz da causa criminal e também de uma causa cível na mesma vara ou vara única.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Creio que nesta situação não há realmente como considerar o impedimento. Acompanho a divergência.

EXTRATO DA ATA

HC 97.544/SP — Relator: Ministro Eros Grau. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Cleonesio Gasparoto. Impetrante: Cesar Augusto da Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem, vencido o Ministro Eros Grau e cassada a liminar anteriormente deferida. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 97.621 — RS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Atalíbio Sander — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há 27 anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. *Habeas corpus* concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto.

1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento.

2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos.

3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o Juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Atalíbio Sander*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o **HC 111.669**, lhe denegou a ordem.

O paciente foi processado como incurso nas penas do art. 129, *caput*, do Código Penal, uma vez que, "acometido de um acesso de loucura, desferiu socos e pontapés em sua mãe, Vilma Riegel, causando-lhe lesões leves e, no mesmo dia, atirou pedras em pessoas que passavam pela estrada defronte sua casa, acabando por atingir, com uma pedrada, Ari José Berz, lesionando-o levemente" (fl. 19, apenso). Ao final do processo, o Juízo reconheceu sua inimputabilidade,

impondo-lhe medida de segurança de internação pelo prazo mínimo de um ano. Em virtude da decisão, o paciente encontra-se internado desde 27-8-1981 (fls. 19-20, apenso).

Em 18-4-2008, o Juízo de primeiro grau decretou a prescrição da medida de segurança, determinando a liberação do paciente no prazo de seis meses a contar da comunicação da decisão ao diretor do Instituto Psiquiátrico Forense (fls. 27-32, apenso).

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs agravo (fls. 8-14, apenso), que foi provido pela Corte estadual. Cassada a decisão agravada, o paciente foi submetido a nova perícia médica (fls. 51-57, apenso).

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* ao STJ (fls. 2-6, apenso), que lhe denegou a ordem, nos seguintes termos:

> *Processual penal. Habeas corpus. Lesão corporal leve. Paciente inimputável. Sentença absolutória. Imposição de medida de segurança por prazo indeterminado. Prescrição. Não ocorrência. Laudo técnico que atesta a periculosidade do paciente. Ordem denegada.*
>
> 1. Por se tratar de uma espécie de sanção penal, a medida de segurança sujeita-se, também, à prescrição, tal qual prevista no art. 109 e seguintes do Código Penal.
>
> 2. Na hipótese, não há falar em prescrição da pretensão executória, haja vista que o início do cumprimento da internação interrompeu o transcurso do prazo (art. 117, inciso V, do Código Penal).
>
> 3. Segundo o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, "a medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao inimputável, no processo de conhecimento e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade" (HC 55.044/SP, Rel. Min. *Gilson Dipp*, Quinta Turma, *DJ* de 19/6/06).
>
> 4. Na hipótese, o laudo técnico não afastou a periculosidade social do paciente, motivo por que, não há como, mormente na estreita via do *habeas corpus*, divergir do entendimento dos peritos.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (Fl. 14.)

Aqui, salienta o impetrante que a Constituição Federal veda a aplicação de penas de caráter perpétuo, de forma que a medida de segurança não pode perdurar por tempo indeterminado.

Além disso, o prazo prescricional deve ser calculado nos termos do art. 109 do Código Penal, adotando-se como marco inicial o próprio início do cumprimento da medida de segurança. Como a internação do paciente já dura 27 anos, sustenta que a medida se encontra prescrita, uma vez que a pretensão sobre o crime prescreveu em quatro anos.

Requer, caso não seja reconhecida a prescrição da medida, a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau, no sentido da desinternação progressiva e assistida do paciente, na forma do disposto no art. 5º da Lei 10.216/2001.

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão parcial do *writ*** (fls. 24-31). Sustenta que, diante do laudo técnico que atesta a periculosidade controlada do paciente, não há óbice à concessão da desinternação progressiva, em regime de semi-internação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Não se consumou prescrição.

Aplica-se à medida de segurança o instituto da prescrição nos termos do art. 109 e seguintes do Código Penal, tomando-se em conta a pena máxima em abstrato cominada ao crime pelo qual o réu foi acusado. No caso, tendo sido o paciente denunciado pelo crime de lesão corporal leve (pena máxima de um ano), a prescrição da medida de segurança se dá em quatro anos (art. 109, V, CP).

O fato ocorreu em 5 de agosto de 1981, a denúncia foi recebida em 9 de setembro de 1981, e a sentença que determinou a aplicação da medida de segurança transitou em julgado em 27 de janeiro de 1982. Assim, não ocorreu prescrição da pretensão punitiva, pois não transcorreram quatro anos entre cada uma das causas interruptivas.

Quanto à prescrição da pretensão executória, não é melhor a sorte do paciente. O início da execução – no caso, o início do cumprimento da medida de segurança – interrompe a contagem do prazo prescricional (art. 117, V).

E não é caso de prescrição pela duração da medida. A internação do paciente conta 27 anos e 5 meses (fl. 2). É certo que já se afastou a constitucionalidade de medida de segurança por tempo indeterminado. Mas, aqui, a medida ainda não atingiu o limite máximo de trinta anos, que se lhe aplica, qualquer que seja o crime a ela relacionado, conforme entendimento firmado por esta Corte (**HC 84.219**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 23-9-2005).

2. Requer a impetração, subsidiariamente, o restabelecimento da decisão de primeiro grau no tópico parte em que determinou a desinternação progressiva do paciente. E, nesse ponto, tenho que lhe assiste razão.

Colho da decisão de primeiro grau que, nos últimos anos, a condição do paciente apresentou significativa melhora, chegando até "a comprar uma pequena casa que dividiria com uma sobrinha e o esposo desta". No ano 2000, "o paciente seguiu em unidade aberta, fazendo uso regular de medicação antipsicótica, participando das atividades rotineiras da unidade e usufruindo do benefício da alta progressiva com saídas diárias pelas redondezas da instituição, também com períodos em que fica em sua casa em Novo Hamburgo, combatendo-se, assim, as manifestações importantes de hospitalismo que apresenta" (fl. 20, apenso).

No Laudo Psiquiátrico Legal 38.639, de 27-8-2007, "referem os peritos que o paciente ainda apresenta alguns elementos determinantes de sua periculosidade social, tais como sintomatologia psicótica paranoide pouco

responsiva à medicação antipsicótica e ausência de suporte sociofamiliar efetivo" (fl. 29, apenso).

Cumpridos quase 28 anos de medida de segurança, afirma o magistrado, por tudo, que "o caso não é mais um caso penal. O caso é de saúde pública e como tal deve ser tratado" (fl. 31, apenso).

E faz, a seguir, considerações sobre a realidade dos institutos penais de internação e a necessidade de reinserção social gradativa dos internos:

> Devem ser tomadas as precauções mencionadas na Lei n. 10.216, de abril de 2001, art. 5º:
>
> "O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário."
>
> A Lei n. 10.708, de 31 de julho de 2003, que institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações, a Portaria n. 2.077, de 31 de outubro de 2003, que dispõe sobre regulamentação desta Lei, nos termos do art. 8º e a Portaria n. 2.078, de 31 de outubro de 2003, ambas do gabinete do Ministro da Saúde, complexo normativo que cria o denominado Programa de Volta para Casa, e as obrigações do Estado, o qual dispõe:
>
> "É absolutamente necessário que a pessoa incluída no programa esteja, como está referido no art. 3º da Lei n. 10.708, em alta hospitalar, morando em residência terapêutica (que se constitui como moradia ou casa inserida na comunidade), com suas famílias de origem, famílias substitutas ou outras formas alternativas de moradia ou de convívio social. Assim como estar necessariamente referenciado, para tratamento e acompanhamento extra-hospitalar, em uma das unidades da secretaria municipal de saúde."
>
> A Lei estadual n. 9.716, de 07 de agosto de 1992, que dispõe sobre a reforma psiquiátrica e determina a substituição progressiva dos leitos dos hospitais psiquiátricos por rede de atenção em saúde mental, conforme estatui expressamente o art. 2º desta Lei:
>
> "Art. 2º A reforma psiquiátrica consistirá na gradativa substituição do sistema hospitalocêntrico de cuidados às pessoas que padecem de sofrimento psíquico por uma rede integrada de variados serviços assistenciais de atenção sanitária e social, tais como ambulatórios, emergências psiquiátricas em hospitais gerais, leitos ou unidades de internação psiquiátrica em hospitais gerais, hospitais-dia, hospitais-noite, centros de convivência, centros comunitários, centros de atenção psicossocial, centros residenciais de cuidados intensivos, lares abrigados, pensões públicas comunitárias, oficinas de atividades construtivas e similares."
>
> (Fl. 32, v., apenso.)

Por fim, considerando que o paciente já usufrui do benefício de alta progressiva desde 1992, conclui o Juízo que se deva proceder a "política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito do Instituto Psiquiátrico Forense" (fl. 32, v., apenso).

A Corte estadual, acolhendo o agravo interposto pelo Ministério Público, cassou a decisão de primeiro grau, afastando a prescrição e entendendo de manter a internação diante da permanência de fatores de periculosidade social (fl. 49, apenso).

Mas estou com a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

A decisão monocrática fundou-se nas inúmeras indicações de que o paciente tem a periculosidade controlada, cumprindo a medida em regime de alta progressiva desde 1992, usufruindo pequenas e controladas saídas da instituição e frequentando aulas, em que apresentou bom desempenho. Parece-me razoável, pois, a conclusão de que já pode receber alta planejada, com reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito do Instituto Psiquiátrico Forense.

O histórico criminal do paciente é pouco relevante, e, conquanto os laudos firmem que a periculosidade ainda não cessou por completo, a despeito de inequívoca melhora, a decisão de primeiro grau pesou tal circunstância, ao determinar o encaminhamento do paciente a hospital psiquiátrico, mantido o fornecimento dos medicamentos que vêm sendo ministrados pelo Instituto Psiquiátrico Forense.

Por tudo isso, tenho que o processo de desinternação progressiva, na forma determinada pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, é a medida mais adequada ao caso.

3. Verifico, por fim, que o paciente cumpre, em tese, os requisitos para receber o benefício do indulto, nos termos do Decreto 6.706/2008, que prevê:

> Art. 1º É concedido indulto:
> (...)
> VIII – aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei n. 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.

Mas é matéria sobre a qual deve decidir o Juízo da execução.

4. Ante ao exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para, reformando os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça, bem como parte da decisão monocrática que declarou a prescrição da medida de segurança, **restabelecer a decisão de primeiro grau**, no capítulo em que dispôs a aplicação do regime de desinternação progressiva pelo prazo de seis meses. Determino, ainda, que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre decida se é caso, ou não, de concessão de indulto ao paciente, nos termos do Decreto 6.706/2008.

EXTRATO DA ATA

HC 97.621/RS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Atalíbio Sander. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.218 — SC

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Carmo Remonti — Impetrante: Nelson Remonti — Coator: Relator do HC 46.888 do Superior Tribunal de Justiça

Recurso – Julgamento – Intimação do defensor. É válida a intimação verificada mediante publicidade da pauta no *Diário da Justiça*, não cabendo proceder à intimação pessoal do acusado.

Recurso – Acórdão – Intimação. Em se tratando de acórdão que transforma absolvição em condenação, somente se cogita da intimação pessoal do acusado se este encontrar-se sob a custódia do Estado – Inteligência do art. 392 do Código de Processo Penal.

Defesa técnica – Incompatibilidade com advocacia. Possível incompatibilidade do defensor técnico com advocacia não torna insubsistente a defesa apresentada.

Estelionato – Reparação do dano – Aplicação do art. 9º da Lei 10.684/2003. A norma do art. 9º da Lei 10.684/2003 revela-se de natureza especial, guardando pertinência apenas em relação a tributo. É impróprio evocá-la no tocante ao estelionato, quando a reparação do dano pode atrair causa de diminuição da pena – art. 16 do Código Penal – ou atenuante – art. 65 do mesmo diploma.

Pena – Regime de cumprimento. Mostra-se razoável decisão que refuta o regime aberto ante a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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, 12 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. 241 a 243):
>
> *Habeas corpus – Objeto.*

Liminar – Inadequação.

1. A Assessoria assim retratou este *habeas corpus*:

O paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 171, na forma do art. 71, do Código Penal. Concluída a instrução processual, adveio sentença absolutória (fls. 112 a 117). O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs apelação (fls. 83 a 126). O Tribunal de Justiça proveu o recurso e condenou o paciente à pena definitiva de um ano de reclusão, inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de vinte dias-multa (fls. 142 a 151).

Contra esse ato foi impetrado o HC 46.888. A defesa alegou estar o paciente submetido a constrangimento ilegal em virtude de nulidades ocorridas no referido julgamento:

a) falta de intimação pessoal do paciente e do defensor constituído, ainda que mediante publicação de edital ou nota de expediente;

b) falta de defesa técnica, pelo fato de o defensor constituído encontrar-se impedido de exercer a advocacia;

c) ausência de intimação pessoal do paciente e do defensor quanto à decisão por meio da qual foi reformada a sentença absolutória.

No tocante ao regime de cumprimento da pena, sustentou o direito ao semiaberto.

O *habeas* foi distribuído, primeiramente, ao Ministro Hamilton Carvalhido, que indeferiu a medida liminar em 30 de agosto de 2005, e redistribuído ao ministro Og Fernandes, que concedeu parcialmente a ordem, acolhendo o pleito relativo ao regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Relativamente à ausência de intimação do advogado constituído pelo paciente, indeferiu a pretensão. Sua Excelência anotou a ausência de impedimento do profissional da advocacia quando do oferecimento das contrarrazões ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual. Realçou que a intimação de defensor constituído quanto a julgamento de recursos se dá pela publicação na imprensa oficial. Logo, inexistente a nulidade na intimação (fls. 230 a 232).

Neste *habeas*, o impetrante busca infirmar esse ato. Reitera a nulidade do processo, por ausência de intimação do réu e do defensor para o julgamento da apelação, decorrendo daí a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório. Assevera que, de qualquer forma, o réu não foi intimado pessoalmente da decisão. Diz também da extinção da punibilidade, pois o paciente teria ressarcido a suposta vítima, reparando os danos em tese suportados por essa, antes mesmo do recebimento da denúncia. Sustenta a adequação, no caso, do disposto no art. 9º da Lei 10.684/2003, a prever a extinção da punibilidade, se realizado o pagamento de tributo sonegado.

Pede a concessão de liminar, determinando-se a expedição de salvo-conduto, assegurando-se ao paciente o direito de permanecer em liberdade até pronunciamento final na impetração. No mérito, pleiteia a declaração de extinção da punibilidade, aplicando-se analogicamente o art. 9º da Lei 10.684/2003. Sucessivamente, requer sejam deferidos o cumprimento da pena no regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou a concessão de suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código de Processo Penal.

Registro que os fatos imputados ao paciente teriam ocorrido em meados de 2001 (fl. 143); a denúncia foi recebida em 22 de maio de 2002 (fl. 113); a sentença absolutória veio à balha em 8 de junho de 2004 (fl. 117);

o acórdão da apelação – mediante o qual houve a reforma da sentença, condenando-se o paciente à pena de um ano de reclusão e ao pagamento de vinte dias-multa – foi proferido em 15 de fevereiro de 2005 (fl. 150).

Quanto ao advogado do paciente, o documento de fl. 28 revela que, tendo ele sido eleito para o exercício do mandato de vereador, ficou impedido de exercer a advocacia de 1º de janeiro de 2005 até 31 de dezembro do mesmo ano. O recurso de apelação do Ministério Público estadual foi protocolado em 3 de setembro de 2004, sendo apresentadas as contrarrazões em 11 de outubro de 2004. A certidão de intimação para o julgamento da apelação encontra-se à fl. 140.

(...)

Brasília, 23 de março de 2009.

No parecer de fls. 246 a 252, a Procuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento da ordem, por serem infundadas as alegações de nulidade do processo decorrente da suposta falta de intimação do paciente e do respectivo patrono para a sessão de julgamento do recurso de apelação, uma vez que consta do processo (fl. 128) cópia da carta precatória com a referida intimação do réu e do defensor para apresentar contrarrazões ao apelo.

Ressalta que a intimação foi realizada em 1º de outubro de 2004 (fl. 124v.) e as contrarrazões foram oferecidas (fls. 129 a 131). Consta, ainda, que, em 10 de dezembro de 2004, remeteu-se ao Diário de Justiça o edital anunciando a data de julgamento para 15 de fevereiro de 2005, conforme certidão de fl. 140. A decisão foi publicada no Diário da Justiça de 25 de fevereiro de 2005 (fl. 152), havendo-se certificado o trânsito em julgado em 14 de março de 2005.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa em razão de o patrono ter sido impedido de apresentar defesa oral no referido julgamento, aduz mostrar-se insustentável, uma vez que, tão somente em 8 de julho de 2005, o advogado protocolou a renúncia do mandato (fl. 167) declarando o impedimento para atuar no processo por estar investido em cargo eletivo desde janeiro de 2005, data em que o processo já se encontrava em fase de execução de sentença.

Relativamente à concessão, por analogia, do benefício previsto no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003, argumenta ser descabida, porquanto o ressarcimento da vítima antes do oferecimento da denúncia caracteriza uma causa de diminuição da pena, não tendo o condão de extinguir a punibilidade dos crimes elencados no Código Penal. No tocante ao pedido de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e de substituição da reprimenda pela restritiva de direito ou a concessão de *sursis*, assevera mostrar-se inviável, por serem as circunstâncias judiciais desfavoráveis em razão de o réu ser reincidente, não havendo que se falar em revogação da custódia, posto que ocorreu o trânsito em julgado da condenação em 14 de março de 2005.

Lancei visto no processo em 9 de março de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 22 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Reitero o que tive a oportunidade de consignar ao indeferir a medida acauteladora (fls. 242 e 243):

2. A atuação do Supremo, em *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional – construção pretoriana a ser revista –, pressupõe pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. No caso, a decisão proferida, no campo individual, em que pese à apreciação definitiva da impetração, fez-se restrita a certas causas de pedir apresentadas. Mostraram-se elas circunscritas à intimação pessoal do paciente e do defensor constituído para o julgamento que transmudou a absolvição em condenação, à falta de defesa técnica em face de impedimento do defensor constituído e à ausência de intimação pessoal do paciente e do defensor para a ciência do acórdão condenatório. Acresceu-se a esses temas o relativo ao regime de cumprimento da pena.

Destarte, não cabe adentrar, ao menos no campo precário e efêmero da liminar, outras matérias como as ligadas à aplicação analógica do art. 9º da Lei 10.684/2003 e à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Essas questões ficam postergadas para o exame definitivo da impetração, podendo-se chegar, se for o caso, à concessão da ordem de ofício.

Quanto à ciência do defensor do acusado para a sessão em que apreciado o recurso, nota-se ter ocorrido. Houve a publicação da pauta no *Diário Oficial*, sendo dispensável a intimação do acusado propriamente dito. O mesmo se diga no tocante à defesa técnica, já que se verificou, conforme fez ver o Superior Tribunal de Justiça na decisão proferida. A comunicação sobre a incompatibilidade do exercício da advocacia deu-se em data posterior ao julgamento da apelação. O fato não tem o condão de infirmar o que veiculado em termos de defesa no que foi considerada pelo Tribunal de Justiça, não cabendo, assim, cogitar de prejuízo.

Relativamente ao regime de cumprimento da pena, observem estarem presentes a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Acaba inviabilizado, então, a teor do disposto no art. 33 do Código Penal, o acolhimento do pedido de concessão do regime aberto. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *habeas corpus*, já avançou para impor o regime semiaberto, flexibilizando o que se contém na alínea *b* do § 2º do referido artigo.

Passando ao exame das demais matérias, consigno que a dupla intimação quanto à decisão proferida há de ser implementada nas situações previstas no art. 392 do Código de Processo Penal. No caso, verificou-se a publicidade do acórdão condenatório mediante veiculação no *Diário da Justiça* e se mostrou válida, dispensada a intimação do réu, porquanto não estava preso.

No tocante à aplicação analógica do disposto no art. 9º da Lei 10.684, a impropriedade é manifesta. O preceito versa sobre tributo e a satisfação respectiva, não alcançando o crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal. A minoração do prejuízo ou até mesmo o reparo do dano surgem como atenuantes, presente ainda causa de diminuição da pena revelada no art. 16 do Código Penal.

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 98.218/SC — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Carmo Remonti. Impetrante: Nelson Remonti. Coator: Relator do HC 46.888 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 100.279 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Agravante: Eder Douglas Santana de Macedo — Agravado: Relator do HC 110.227 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Reiteração de pedido anterior. Inexistência de fundamento novo. Inadmissibilidade. Indeferimento liminar. Possibilidade. Inteligência do art. 38 da Lei 8.038/1990, art. 557 do CPC e art. 21 do RISTF. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não se admite pedido de *habeas corpus* idêntico a outro julgado manifestamente improcedente, por decisão monocrática fundada em jurisprudência assente da Corte.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

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

> **2.** Incognoscível o *writ*.
>
> É que pretensão idêntica já foi deduzida pelo impetrante nos autos do **HC 95.147**, de que também fui Relator, não obstante a pretensão ora deduzida impugne decisão diversa daqueloutro *writ*. Mas é inadmissível repetição de pedidos, sem inovação (cf. **HC 85.449**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 10-3-2005; **HC 82.881**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 20-8-2004; **HC 83.767**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 11-12-2003; **HC 81.116**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 14-12-2001; **HC 76.284**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 22-5-1998).
>
> **3.** Ainda que se diga que, embora as razões sejam idênticas, este pedido impugna decisão diversa, e, portanto, é passível de conhecimento, não assistiria razão ao impetrante.
>
> Conforme deixei consignado naquele julgamento, tanto na decisão que negou seguimento ao pedido, por ser manifestamente inadmissível, quanto no acórdão que julgou o agravo regimental, não há obstáculo à realização da sessão plenária do Tribunal do Júri quando os recursos extraordinários constitucionais que impugnavam a sentença de pronúncia foram inadmitidos na origem.
>
> Verifico, ainda, da consulta realizada à página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça, que se negou provimento ao agravo de instrumento e ao respectivo

agravo regimental, pendente, apenas, o julgamento de embargos declaratórios. Não há, portanto, fato novo a ensejar mudança de orientação.

4. Isto posto, **não conheço do** *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF e art. 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990).

(Fls. 60-61.)

Alegam os agravantes, em síntese, que o **HC 95.147** não comportou julgamento de mérito, e, assim, a matéria nele suscitada não foi objeto de apreciação pela Corte. Sustentam, daí, não se ter incorrido em repetição de pedido, uma vez que "falar-se em julgamento de mérito de um feito tido por prejudicado, além de ser absolutamente incoerente, implicaria em manifesta violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, até porque *não fora colhido opinamento do Ministério Público acerca da matéria* e não foi oportunizada a realização de sustentação oral das razões do *writ*" (fl. 67).

Arguem, ainda, que eventual apreciação das razões de agravo não substitui o exame de mérito do pedido principal, uma vez que o agravo trata de assunto mais restrito.

Por fim, aduzem que a decisão agravada merece reforma diante das recentes manifestações do Plenário que ampliaram o alcance do princípio *in dubio pro reo.*

Requerem o provimento do agravo regimental, para determinar o regular processamento do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Não assiste razão aos agravantes.

Transcrevo a decisão monocrática proferida nos autos do **HC 95.147** (*DJE* de 31-7-2008):

2. Incognoscível o pedido.

Esta Corte já decidiu, no **HC 92.045** (Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 1º-2-2008), que "recurso inadequado não obstaculiza a preclusão maior". Na ocasião, entendeu-se que a declaração de inadmissibilidade do recurso especial era suficiente a permitir a realização do Júri.

É o que ocorre no caso. Os recursos constitucionais, que carecem de efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990), não foram admitidos na origem e, ademais, buscam revolver questão de fato. Daí se concluir pela impropriedade do agravo de instrumento como forma de obstaculizar a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não vislumbro, portanto, flagrante constrangimento ilegal que justifique o conhecimento do *writ* por essa Corte. Tratar-se-ia de insuperável dupla supressão de instância, uma vez que a matéria não foi conhecida pelo Tribunal de Justiça local, nem tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Ante o exposto, **nego seguimento ao pedido**, por ser manifestamente inadmissível (art. 21, § 1º, do RISTF, e 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990).

A defesa interpôs, ainda, agravo regimental contra a decisão, sustentando que a interposição de recurso da sentença de pronúncia suspende a realização do julgamento, ante a inocorrência do trânsito em julgado da decisão recorrida. O agravo foi reputado prejudicado pela Segunda Turma, diante do julgamento do mérito do *writ* impetrado perante o Tribunal local. Na ocasião, consignou, ainda, o voto vencedor:

> **2.** Não fosse isso, não assistiria razão ao agravante.
>
> A decisão ora impugnada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*.
>
> As alegações ora aduzidas são mera reiteração das razões desenvolvidas na inicial, que se mostram, tanto antes como agora, incapazes de provocar revisão da jurisprudência da Corte quanto à matéria. Ressalto que todos os argumentos já foram rebatidos na decisão que proferi monocraticamente, de acordo com reiterada orientação da Corte.
>
> Não é demais repetir que a interposição de recursos sem efeito suspensivo contra o acórdão que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa do ora paciente não impede a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri, não obstante a não ocorrência do trânsito em julgado daquele.
>
> Nesse sentido:
>
> > "*Habeas corpus – Empréstimo de eficácia suspensiva a recurso*. O *habeas corpus*, a pressupor ilegalidade a repercutir no direito de ir e vir do cidadão, não é o meio próprio a lograr-se efeito suspensivo relativamente a recurso de natureza extraordinária, que, por previsão legal, não o tem. *Recurso – Pronúncia – Eficácia suspensiva – Inteligência do* § 2º *do art. 584 do Código de Processo Penal*. O § 2º do art. 584 do Código de Processo Penal, a revelar a eficácia suspensiva do recurso da pronúncia, diz respeito à impugnação direta, não alcançando a que se faça mediante recurso de natureza extraordinária – sabidamente desprovido, por força de lei, da citada eficácia." (RHC 86.468, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *DJE* de 20-2-2009.)

(Fls. 37-38.)

Fica evidente, portanto, que a decisão proferida nos autos do **HC 95.147**, conquanto monocrática, **apreciou o mérito da questão**, ao negar seguimento ao pedido **por julgá-lo manifestamente improcedente**. Além disso, a Turma, ao julgar o agravo, também analisou o pedido, que não foi acolhido.

Vale lembrar que o art. 21, parágrafo único, do RISTF, na esteira do que dispõem o art. 38 da Lei 8.038/1990 e o art. 557 do CPC, confere ao relator a possibilidade de "negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal". É o que sucedeu no caso, não havendo falar em qualquer violação ao devido processo legal.

Como a matéria suscitada no *habeas corpus* já havia sido decidida pelo Tribunal, não conheci do pedido, inexistindo ilegalidade por sanar.

2. Diante do exposto, **nego provimento ao agravo.**

EXTRATO DA ATA

HC 100.279-AgR/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Agravante: Eder Douglas Santana de Macedo (Advogados: Raul Livino Ventim de Azevedo e outros). Agravado: Relator do HC 110.227 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 102.003 — RS

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Amilton Alves da Silva — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Roubo com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I). Desnecessidade da apreensão e perícia da arma para caracterizar a causa de aumento de pena. Circunstância que pode ser comprovada por outros meios de prova. Precedente do Plenário. Ordem denegada.

1. A perícia da arma de fogo, no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova (Precedente: HC 96.099/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, *DJE* de 5-6-2009).

2. É cediço na Corte que: "Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada. I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II – Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII – Precedente do STF. VIII – Ordem indeferida." (Precedentes de ambas as Turmas: HC 104.368/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJE* de 3-9-2010; RHC 103.544/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 11-6-2010; HC 100.187/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 16-4-2010; HC 104.488/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 1º-2-2011, *DJE* de 9-3-2011; HC 98.792/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23-11-2010, *DJE* de 1º-2-2011; HC 103.382/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23-11-2010, *DJE* de 1º-2-2011;

HC 95.740/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 26-6-2009; HC 94.023/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 4-12-2009; HC 104.273/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14-12-2010, *DJE* de 8-2-2011).

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) a materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida" (Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, Revista dos Tribunais, 7. ed., p. 691).

4. *In casu*, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem demonstra a existência nos autos de declarações da vítima e depoimentos testemunhais que comprovam a efetiva utilização da arma de fogo, não havendo que se afastar a aplicação da correspondente causa de aumento da pena, ainda que a arma não tenha sido apreendida, *verbis*: "Roubo qualificado. Negativa de autoria. Prisão em flagrante. Objeto roubado apreendido em poder do agente. Coerentes declarações da vítima, com seguro reconhecimento. Prova testemunhal convergente. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida."

5. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

6. 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, 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 benefício de *Amilton Alves da Silva* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> *Penal. Habeas corpus. Roubo. Majorante do emprego de arma de fogo. Ausência de apreensão da arma. Desclassificação. Impossibilidade.*
>
> I – O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, *ex vi* do art. 167 do Código de Processo Penal.

II – Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.

III – No caso concreto, tratando-se de *habeas corpus*, portanto, remédio jurídico que em princípio deve ter sua pretensão calcada em prova convergente e normalmente pré-constituída, é bem de ver que os autos retratam uma dúvida relevante sobre o motivo da não apreensão da arma. Desse modo, uma vez que não foi possível identificar o motivo pelo qual a arma não foi apreendida, a par do quadro fático nebuloso, inviável a análise do pedido no que tange à incidência da majorante por emprego de arma de fogo.

Ordem denegada.

O paciente foi condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, *verbis*:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

Irresignada, a defesa apelou, pleiteando a absolvição do paciente, em razão de suposta insuficiência de provas, ou, alternativamente, a desclassificação do crime de roubo qualificado para roubo simples. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso.

Sobreveio *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, indeferido.

Daí esta impetração, na qual a defesa alega que o uso de arma de fogo somente pode majorar a pena cominada ao crime de roubo quando a perícia técnica atestar a potencialidade lesiva daquele artefato.

Requer a concessão da ordem a fim de excluir a causa de aumento de pena tipificada no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

O Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado (fl. 86):

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Incidência da qualificadora do emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal). Ausência de apreensão do artefato. Irrelevância. Depoimento da vítima que confirma o uso de arma durante a ação delituosa.

– Na impossibilidade de apreensão e perícia das armas empregadas na prática delituosa, prevalece a sua prescindibilidade, sobretudo se possível comprovar os fatos por outros meios, o que garante a eficácia da norma incriminadora.

– Parecer pela denegação da ordem.

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 afastada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, *verbis*:

> Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
> (...)
> § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

Cinge-se a controvérsia à ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder na aplicação da causa de aumento por emprego de arma de fogo utilizada no roubo, haja vista a ausência de sua apreensão e perícia para comprovar sua potencialidade lesiva.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não se exige que a arma seja periciada ou apreendida, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. Oportunamente, transcreve-se a ementa do julgado:

> *Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.*
> I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.
> II – Lesividade do instrumento que se encontra in *re ipsa*.
> III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial.
> IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.
> V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.
> VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.
> VII – Precedente do STF.
> VIII – Ordem indeferida.
> (HC 96.099/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, *DJE* de 5-6-2009.)

A Primeira Turma já vinha acompanhando a decisão do Plenário. Nesse sentido, entre outros, HC 104.368/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJE* de 3-9-2010; RCH 103.544/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma,

DJE de 11-6-2010; HC 100.187/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 16-4-2010. Por fim, o HC 104.488/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 1º-2-2011, *DJE* de 9-3-2011, ementado nos seguintes termos:

> *Ementa: recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Roubo com emprego de arma de fogo. Julgado do Superior Tribunal de Justiça em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desnecessidade de apreensão e de perícia da arma para a comprovação da causa de aumento da pena. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Precedentes. Recurso ao qual se nega provimento*. 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento.

A Segunda Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, decidiu acompanhar a orientação do Plenário. Oportuna a colação, à guisa de exemplos: HC 98.792/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23-11-2010, *DJE* de 1º-2-2011; HC 103.382/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23-11-2010, *DJE* de 1º-2-2011; HC 95.740/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 26-6-2009; HC 94.023/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 4-12-2009; e HC 104.273/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14-12-2010, *DJE* de 8-2-2011, cuja ementa transcrevo:

> *Habeas corpus. Crime de roubo majorado. Arma não apreendida e não periciada. Ordem denegada*. 1. A questão de direito tratada nos autos deste *habeas corpus* diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada. 2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes. 4. O Pleno desta Corte consolidou entendimento de que "exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrantes, empunhando o artefato ofensivo". Precedentes. 5. *Habeas corpus* denegado.

Nesse sentido, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 7. ed., p. 691):

> A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil,

palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida.

In casu, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da apelação defensiva demonstra a existência nos autos de declarações da vítima e depoimentos testemunhais que comprovam a efetiva utilização de arma de fogo, não havendo que se afastar a aplicação da correspondente causa de aumento da pena, ainda que não tenha sido apreendida, *verbis* (fl. 48):

> *Roubo qualificado*.
> Negativa de autoria. Prisão em flagrante. Objeto roubado apreendido em poder do agente. Coerentes declarações da vítima, com seguro reconhecimento. Prova testemunhal convergente. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida.

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação do *writ* (fl. 86):

> *Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Incidência da qualificadora do emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, inciso I, do CP). Ausência de apreensão do artefato. Irrelevância. Depoimento da vítima que confirma o uso de arma durante a ação delituosa.*
> – Na impossibilidade de apreensão e perícia das armas empregadas na prática delituosa, prevalece a sua prescindibilidade, sobretudo se possível comprovar os fatos por outros meios, o que garante a eficácia da norma incriminadora.
> – Parecer pela denegação da ordem.

Ante o exposto, a perícia da arma de fogo, no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova.

Por esses fundamentos, voto no sentido de *denegar* a ordem pleiteada.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 102.003/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Amilton Alves da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral da União). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 31 de maio de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 104.079 — MG

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Carlos de Assis Lobato — Impetrante: Marcelo Romanelli Cezar Fernandes — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Criminal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime de supressão ou redução de tributo mediante uso de documento falso (art. 1º da Lei 8.137/1990 e art. 304 do Código Penal). Princípio da consunção. Exame inviável na via estreita. Necessidade de ampla cognição fático-probatória. Utilização promíscua do remédio heroico. Ausência de teratologia.

1. A consunção que gera a absorção do crime de falso pelo delito tributário deve ser objeto de sentença desafiável pelo recurso cabível.

2. *In casu, c*onforme narra a denúncia, o paciente teria adquirido notas fiscais ideologicamente falsas para o fim de inserir pagamentos de despesas médicas na declaração do imposto de renda.

3. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de uma relação de subordinação entre o crime meio (caminho) e o crime fim (finalidade), o que, de fato, ocorreu no presente caso. Parecer do MP pela concessão.

4. Ressalva do entendimento do relator no sentido de que:

A) O *habeas corpus* não é substitutivo de recurso ordinário, máxime quando se pretende, na via estreita do *writ,* a análise de provas no afã de trancar a ação penal, o que implica ampla cognição fático-probatória para o fim de ser aplicada a teoria da consunção e sustada audiência prevista no *iter* procedimental.

B) Utilização promíscua do remédio heroico que deve ser conjurada, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar.

5. *Habeas corpus* concedido.

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, 26 de abril de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor (fl. 24):

> **Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime contra a ordem tributária e uso de documento falso. Delito previsto no art. 304 do Código Penal que não restou absorvido pelo crime de sonegação fiscal, uma vez que, em tese, teria sido praticado para afastar eventual responsabilidade penal pela prática do crime contra ordem tributária.**
>
> I – A **denúncia** deve vir acompanhada com o **mínimo embasamento probatório**, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC 88.601/CE, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, *DJU* de 22-6-2007), apto a demonstrar, **ainda que de modo indiciário**, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um **suporte legitimador** que revele de modo satisfatório e consistente, a **materialidade do fato delituoso** e a **existência de indícios suficientes de autoria do crime**, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a **imputação penal destituída de base empírica idônea** (INQ 1.978/PR, **Tribunal Pleno,** Rel. **Min. Celso de Mello**, *DJU* de 17-8-2007) o que implica na ausência de justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis in iudicio*.
>
> II – O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Marco Aurélio**, *DJU* de 25-5-2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Cármen Lúcia**, *DJU* de 18-5-2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Celso de Mello**, *DJU* de 5-10-2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Carlos Britto**, *DJU* de 17-11-2006).
>
> III – **Em princípio**, o crime de sonegação fiscal e o de uso de documento falso apresentam **existências autônomas**, ainda que, ocasionalmente, se possa reconhecer a ocorrência somente do crime contra a ordem tributária de sonegação fiscal, se a sua prática teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação. (**Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso**).
>
> V – Na hipótese, contudo, da análise dos elementos constantes dos autos deste *mandamus* tudo indica que o delito previsto no art. 304 do Código Penal pode ser tido como crime autônomo, posto que praticado não para que fosse consumada a sonegação fiscal, mas sim para assegurar a isenção de eventual responsabilidade penal.
>
> *Habeas corpus* denegado.

2. Consta da denúncia, cuja íntegra foi transcrita no acórdão do órgão apontado como coator (fl. 26), que o paciente teria utilizado notas fiscais ideologicamente falsas, adquiridas de terceiros, a fim de incluir despesas médicas inexistentes na declaração do imposto de renda de pessoa física, conforme observado no seguinte trecho:

06 – Com os elementos carreados aos autos restou demonstrado que *Carlos de Assis Lobato* usou, perante órgão federal, com o intuito de garantir a impunidade de sonegações de tributos federais por ele realizadas, recibos contendo declarações falsas, com o fim de possibilitar tal desiderato e de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante emitidos pelas acusadas *Magda Mascarenhas Alemão de Souza, Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza*.

07 – Dessa forma, restou evidente que *Carlos de Assis Lobato* adquiriu de *Magda Mascarenhas Alemão de Souza, Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza* recibos ideologicamente falsos e os utilizou para tentar fazer prova junto à Receita Federal de gastos com despesas médicas declaradas, mas não realizadas.

3. Ante o parcelamento dos débitos tributários, o Promotor de Justiça requereu a suspensão da pretensão punitiva com relação ao crime do art. 1º da Lei 8.137/1990, nos termos do art. 9º, *caput*, da Lei 10.684/2003. No entanto, denunciou-o pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304 do CP).

4. O impetrante formalizou *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no qual pleiteou o trancamento da ação penal ante a inobservância do princípio da consunção. Alegou a absorção do crime de falso pelo delito contra a ordem tributária, delito este pelo qual estaria extinta a punibilidade ante o pagamento integral dos débitos tributários, conforme certidão negativa e demais documentos anexados às fls. 39-52.

5. Denegada a ordem pelo Regional, foram impetradas idênticas medidas no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, com as mesmas causas de pedir submetidas ao TRF.

6. Requer a concessão de liminar a fim de suspender a audiência de instrução e julgamento. No mérito, o deferimento da ordem para determinar-se o trancamento da Ação Penal 2009.38.00.010969-7.

7. O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, aduzindo que "a aplicação do princípio da consunção/absorção pressupõe a existência de uma relação de subordinação entre o crime meio (caminho) e o crime fim (finalidade). O que, de fato, ocorreu no presente caso" (fls. 82-85).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Conforme narra a denúncia, transcrita *in totum* no voto condutor do julgamento, o paciente teria adquirido notas fiscais de *Magda Mascarenhas Alemão de Souza*, *Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza*, para o fim de inserir pagamentos de despesas médicas na declaração do imposto de renda.

Destarte, estas notas fiscais eram ideologicamente falsas, uma vez que as referidas despesas não existiram. Eis os termos em que formulada a peça acusatória:

01 – Em procedimento de análise das Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física, referentes aos exercícios de 2002 a 2004 (anos-calendário de 2001 a 2003), a Secretaria da Receita Federal identificou que *Carlos de Assis Lobato* teria feito declarações falsas com o objetivo de obter deduções indevidas no Imposto de Renda.

02 – Através do cruzamento de dados relativos a diversas declarações, verificou-se que centenas de contribuintes, entre eles *Carlos de Assis Lobato*, declaram terem feito pagamentos a título de despesas médicas às contribuintes *Magda Mascarenhas Alemão de Souza*, *Ana Paulo Campolina Pereira Pereira* e *Luciana Matos de Souza*.

03 – Considerando a diferença exorbitante entre os valores recebidos e declarados pelas contribuintes em suas DIRP's, e aqueles declarados por outros contribuintes a título de pagamentos de despesas médicas, instaurou-se procedimento fiscal destinado a apurar o que efetivamente ocorreu.

04 – *Magda Mascarenhas Alemão de Souza*, *Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza* foram regularmente notificadas pela Receita Federal, para que apresentassem provas do recebimento dos valores e da efetiva prestação dos serviços de psicologia e fonoaudiologia informados por outros contribuintes.

05 – Diante de todas as informações obtidas no curso da ação fiscal, a Receita Federal constatou que não houve a prestação dos serviços e nem os recebimentos dos valores declarados. *Magda Mascarenhas Alemão de Souza*, *Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza* falsificaram recibos para que outros contribuintes os apresentassem à Receita Federal como prova de despesas médicas declaradas em sua DIRP's.

06 – Com os elementos carreados aos autos restou demonstrado que *Carlos de Assis Lobato* usou, perante órgão federal, com o intuito de garantir a impunidade de sonegações de tributos federais por ele realizadas, recibos contendo declarações falsas, com o fim de possibilitar tal desiderato e de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante emitidos pelas acusadas *Magda Mascarenhas Alemão de Souza, Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza*.

07 – Dessa forma, restou evidente que *Carlos de Assis Lobato* adquiriu de *Magda Mascarenhas Alemão de Souza, Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza* recibos ideologicamente falsos e os utilizou para tentar fazer prova junto à Receita Federal de gastos com despesas médicas declaradas, mas não realizadas.

08 – Diante de tais irregularidades, foi lavrado auto de infração em nome do denunciado *Carlos de Assis Lobato* constituindo crédito tributário no valor de R$ 14.302,48 (fl. 14).

09 – Agindo dessa forma, por vontade livre e consciente *Carlos de Assis Lobato* realizou a conduta descrita no art. 304 c/c o art. 71 do CP e *Magda Mascarenhas Alemão de Souza, Ana Paula Campolina Pereira* e *Luciana Matos de Souza* realizaram a conduta descrita nos art. 171, § 3º c/c 71 do Código Penal, razão pela qual o *Ministério Público Federal* requer seja recebida a presente denúncia, instaurando-se a ação penal, com a consequente citação dos acusados para comparecerem à audiência de interrogatório e responder ao processo em todos os seus termos, sob pena de revelia, até final julgamento.

10 – O *Ministério Público Federal* requer a suspensão da pretensão punitiva do crime do art. 1º da Lei 8.137/1990, tendo em vista o deferimento do pedido de parcelamento (fl. 81) feito pelo acusado *Carlos de Assis Lobato*, nos termos do art. 9º *caput* da Lei 10.684/2003.

In casu, pretende o impetrante a aplicação da teoria da consunção, com o consequente trancamento da ação penal, o que imprescinde ampla cognição fático-probatória, inviável nesta via estreita. Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte:

> *Processual penal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Falta de prequestionamento do dispositivo constitucional supostamente violado. Súmula 282 do STF. Habeas corpus. Competência taxativa. Reexame do conjunto fático-probatório. Concessão. Impossibilidade. Agravo improvido*. I – Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência da Súmula 282 do STF. II – A alegação tardia de ofensa ao texto constitucional, formulada somente em embargos de declaração, não supre a exigência de prequestionamento. III – A competência desta Corte, taxativamente fixada no art. 102 da Constituição Federal, não permite conhecer de *habeas corpus* que tenha como autoridade coatora juiz de primeiro grau de jurisdição ou de Tribunal de Justiça. Ademais, não é possível a concessão do *writ* quando o exame do pedido demandar a apreciação do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido.
> (AI 821.072-AgR/SP, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, j. 1º-2-2011, Primeira Turma.)

> *Habeas corpus*. Crimes de furto. Reconhecimento de continuidade delitiva. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. Sentenças condenatórias transitadas em julgado. Impossibilidade de admitir-se o *writ* constitucional como sucedâneo de revisão criminal. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal à ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. A caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e *modus operandi*) e subjetivos (unidade de desígnios). Precedentes. No caso, o reconhecimento da continuidade delitiva demanda, necessariamente, o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório contido nos autos da ação penal de origem, o que é inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes. Ordem denegada.
> (HC 98.684/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 5-4-2011, Segunda Turma.)

Ademais, *habeas corpus* não é substitutivo de recurso ordinário, máxime quando se pretende, na via estreita do *writ,* um exame mais aprofundado de fatos e provas. 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.

Assim, a impetração não mereceria ultrapassar a barreira do conhecimento. No entanto, é de se observar que o parecer é pela concessão da ordem.

In casu, a potencialidade lesiva do documento falso se exauriu no âmbito do crime contra a ordem tributária, até porque, obviamente, não teria utilidade alguma fora deste contexto.

Aliás, o que releva para fins de verificar se incide, ou não, o princípio da consunção é o aperfeiçoamento da relação entre "crime meio" e "crime fim".

Isto porque, conforme haja, ou não, o exaurimento da potencialidade lesiva do primeiro, haverá, ou não, um *plus* de ofensa a um bem juridicamente relevante. Nesse sentido, a lição de Toledo, *verbis*:

> Há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (art. 155), lesivo ao patrimônio.
>
> Se, todavia, a violação da residência é o meio empregado para a consumação do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro. A norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um de seus elementos essenciais a *subtração,* ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa. Essa norma mais ampla consome, absorve a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.
>
> Note-se que a violação do domicílio não é etapa ou passagem necessária para o furto, como ocorre com a lesão corporal em relação ao homicídio, pelo que a aplicação do princípio da subsidiariedade tácita seria discutível, embora defensável. Mas, estando esse fato prévio abrangido pela prática do crime mais grave, numa relação de meio para fim, é por este consumido ou absorvido.
>
> O mesmo ocorre com certas modalidades de *falsum* e estelionato, quando aquele se exaure na fraude, que constitui elemento essencial deste último. Isso acontece, por exemplo, na falsificação de um documento que, usado como fraude para obtenção de lucro patrimonial indevido, se esgota em sua potencialidade lesiva, permanecendo sem qualquer outra finalidade ou possibilidade de uso (ex.: alguém falsifica a assinatura do correntista em um cheque e obtém, no Banco sacado, o pagamento indevido). Como o cheque esgotou-se na consumação do estelionato, não podendo mais ser utilizado para outros fins, o crime fim de estelionato absorve o *falsum.*
>
> Assim, porém, não ocorre na falsificação de certos documentos que, utilizados na prática do estelionato, continuam com a potencialidade lesiva para o cometimento de outros delitos da mesma ou de variada espécie. Nesta hipótese verifica-se o concurso formal de crimes (falso e estelionato), como ocorre, por exemplo, com a falsificação de um instrumento de mandato para a emissão de cheque do pretenso mandante e seu recebimento no Banco sacado. Consumado o estelionato, a procuração, se contiver poderes para outros saques ou para outros fins, não se exaure na fraude daquele delito.

(*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é no sentido de o falso estar absorvido pelo crime tributário, como se percebe no seguinte trecho do voto do Ministro Francisco Rezek:

> (...) Quanto o contribuinte, para sonegar tributo, falseia o documento e o apresenta ao fisco, incide precisamente na figura do art. 1º da Lei 4.729/1965. Dizer que está ele incidindo, ao mesmo tempo, nos arts. 299 e 304 do Código Penal – cometendo falsidade ideológica ao preencher o documento, e fazendo uso do papel falso ao entregá-lo ao fisco – é ver, numa única conduta, um delito integral, capitulado em dispositivo da lei penal, e, ao mesmo tempo, dois outros delitos que, entretanto,

integram o tipo principal. Isso evoca a lição antológica dos mestres de direito penal nas primeiras linhas da disciplina: se alguém, brandindo uma faca, ataca outrem e o mata, há de se ver aí configurado um homicídio e só. Não um homicídio somado ao delito de ameaça – resultante do medo que a arma inspirou à vítima quando brandida –, e ainda ao delito da lesão corporal que causou a morte. (...).
(RHC 65.850, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, j. 15-3-1988, *DJ* de 12-5-1988, unânime.)

Nesse mesmo sentido, no julgamento do HC 76.847, o Ministro Marco Aurélio consignou:

(...) "O falso destinado exclusivamente a suprimir ou reduzir tributos não constitui crime autônomo, diferente da sonegação fiscal". Conforme os fatos narrados na inicial, o procedimento teria visado à fuga ao pagamento de tributos.
(Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-6-1998, *DJ* de 4-9-1998, unânime.)

Em julgados mais recentes em que o Supremo não admitiu a absorção do crime de falso pelo de sonegação, os quadros fáticos versados nos autos permitiam concluir, claramente, que a lesividade do documento não cessava com o delito contra a ordem tributária, conforme se observa nas seguintes ementas:

Ementa: Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Sonegação tributária. Falsidade ideológica. Absorção. Inocorrência. Ordem denegada. 1. A suposta falsidade ideológica não foi perpetrada em documento exclusivamente destinado à prática, em tese, do crime de sonegação tributária, em relação ao qual a ação penal foi trancada. 2. A falsidade nos documentos de registro de automóvel apresenta potencial lesivo autônomo, independentemente da prática do crime contra a ordem tributária. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Precedentes. 3. Ordem denegada.
(HC 91.469/ES, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, j. 20-5-2008, Segunda Turma.)

Ementa: Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de uso de documento falso. Código Penal, art. 304 c/c art. 297, parágrafo único, e art. 92, I. Lei 8.137/1990, art. 2º, I. I – Inquérito STJ 300: ação penal STJ 238/SP: uso de documento falso. Inquérito STJ 281: apuração de eventual enriquecimento ilícito no exercício do cargo. II – O documento falso foi apresentado numa investigação que poderia resultar, em tese, em mais de um delito: o delito contra a ordem tributária e possível ou possíveis delitos decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício de cargo público. O pagamento do tributo não elide o crime de falso, por isso que, da investigação, em que o documento falso teria sido apresentado, poderia originar-se outro ou outros delitos, decorrentes de enriquecimento ilícito, que o pagamento do tributo não elidiria. III – Prematuro concluir, ademais, no julgamento do *habeas corpus*, que o crime de falso não pode ser tratado como crime autônomo. IV – Exame de provas: impossibilidade no processo de *habeas corpus*. V – HC indeferido.
(HC 83.115/SP, Rel. p/ o ac. Min. *Carlos Velloso*, j. 4-5-2004, Segunda Turma.)

Outrossim, o próprio *Parquet* opinou pela concessão da ordem, em parecer assim delineado (fls. 82/85):

> (...) De acordo com a denúncia, o paciente usou recibo médico falso para obter deduções indevidas no imposto de renda. Assim, a aplicação do princípio da consunção/absorção pressupõe a existência de uma relação de subordinação entre o crime meio (caminho) e o crime fim (finalidade). O que, de fato, ocorreu no presente caso. Como houve a extinção da punibilidade em relação ao crime de sonegação fiscal, tendo em vista a quitação do débito, não há se falar em crime autônomo de uso de documento falso, pois os meios empregados para a execução de um determinado delito, desde que não ultrapassem seus limites, não podem ser punidos como crimes autônomos.
>
> Assim, como a denúncia deixou consignado que o falso fora praticado com o fim de deduzir imposto de renda, resta claro que o crime de uso de documento falso foi praticado com uma finalidade específica, inexistindo, em momento algum, a intenção de se praticar o falso com intenção diversa da sonegação fiscal. (...)

Ex positis, concedo a ordem para, na forma preconizada pelo Ministério Público Federal, determinar o trancamento da Ação Penal 2009.38.00.010969-7.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Senhores Ministros, aqui, no caso específico, é um *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. E a discussão é esta: saber se o falso está absorvido pelo tributário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui está.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Está. Eu até acho que está.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui está. Porque veja: teria falsificado, na declaração, a notícia de recibos médicos – os recibos médicos seriam falsos.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Está, está.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É. E pela historinha contada pelo Ministério Público, daí o parecer no sentido da concessão da ordem, essa falsidade visou à sonegação. Pois bem...

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Eu não tenho dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto ao crime de sonegação, houve a extinção da punibilidade. Agora, ele vai responder pela falsidade, crime meio?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não, a matéria de mérito é tranquila.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, vamos conceder a ordem para evitar mais esse processo-crime correndo na Justiça.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Então, por mim... Neste caso até coloquei aqui essa alternativa na minha solução. Neste caso específico, até o próprio Ministério Público opina pela concessão da ordem. Acho que não há problema em opinarmos, sugerirmos a concessão da ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A concessão.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A concessão. Quer dizer, vai ganhar tempo. Tá bom.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto à preliminar, Ministro, vou reiterar. Ofertei à Comissão de Jurisprudência...

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Foi inspirado nisso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...uma proposta de verbete para alertar os impetrantes em geral.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Pois é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ou seja, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em *habeas,* indeferindo a ordem, é impugnável mediante o recurso ordinário constitucional.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Pois é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Deve ser protocolado dentro de quinze dias. Não cabe adotar a estratégia de deixar o processo-crime correr na origem para, diante de um aperto, vir ao Supremo.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Eu gostaria... Já que – digamos assim – a proposta de Vossa Excelência de súmula ainda não se tornou realidade, tenho a impressão de que essa sinalização pela Turma faz com que os profissionais saibam que a Corte Suprema tem uma atribuição muito eminente, que não é para se transformar, aqui, num juízo de primeiro grau de aferição de provas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É esvaziar o que quer a Constituição Federal: decisão do Superior é impugnável, quando indeferida a ordem, mediante o recurso ordinário constitucional.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): E essa não é a doutrina brasileira do *habeas corpus.* Não é isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Isso foi-se afrouxando de uma maneira que estamos perdendo... *data maxima venia*, pela minha óptica, temos temas de grande envergadura aqui que ficam debaixo desses noventa por cento de *habeas corpus* julgados em casos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No mérito, Vossa Excelência concorda, não é?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não, não. Nesse caso acho até que é tão ínfimo...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É tão claro, não é?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não é isso que está atrapalhando. E o Ministério Público opina pela concessão, acho que se deve conceder.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ok!

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Então, aqui pela concessão. Mas fica aí a minha preocupação com esse uso imoderado do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhora Presidente, acompanho o eminente Relator quanto à concessão – tenho votado assim.

Já disse reiteradas vezes que o legislador, o Estado, procurou utilizar-se da ação penal como um outro instrumento de cobrança – daí a extinção da punibilidade com o pagamento do tributo. Houve recentemente uma alteração que fará, novamente, os casos tributários voltarem a esta Suprema Corte com bastante intensidade, porque se alterou a lei que permitia a extinção da punibilidade mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória, para estabelecer que só haverá extinção antes do recebimento da denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Retornou-se à regência primitiva.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas como fica a situação de duas empresas concorrentes, Ministro Marco Aurélio? Uma entra no Refis, e a outra aposta na Justiça, e a denúncia, então, é recebida. Em uma, o empresário não é processado, e na outra é processado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque o refinanciamento...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Então, é uma outra discussão que, em breve, chegará a esta Corte para análise da constitucionalidade dessa alteração. Há inclusive um artigo interessante hoje no jornal *Valor Econômico* sobre isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Retrocesso, não é?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Em síntese, acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 104.079/MG — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Carlos de Assis Lobato. Impetrante: Marcelo Romanelli Cezar Fernandes. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 109.966 — SP

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Impetrantes: Guilherme Octavio Batochio e outros — Paciente: Paulo Afonso Lucas — Coator: Relator do REsp 802.620 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Crime de concussão em continuidade delitiva (art. 316, c/c o art. 71 do Código Penal). Alegada prescrição da pretensão punitiva estatal. Consumação. Trânsito em julgado para a acusação. Prescrição regulada pela pena em concreto. Reprimenda fixada em dois anos de reclusão. Decurso de lapso temporal superior a quatro anos entre o último marco interruptivo e a presente data.**

1. A decisão que fixou a pena privativa de liberdade do paciente em dois anos de reclusão transitou em julgado para o *Parquet* estadual em 6-9-2011. Portanto, a análise da prescrição deve pautar-se pela pena em concreto aplicada (art. 110, § 1º, do Código Penal) e, nessa conformidade, verifica-se no prazo de quatro anos a prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme a regra do inciso V do art. 109 do Código Penal.

2. Segundo os documentos que instruem a impetração, o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998; a denúncia foi recebida aos 4-2-1999; e a sentença condenatória publicada em cartório aos 3-7-2002. Por força de recursos defensivos, a pena imposta ao paciente foi mitigada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual em 29-4-2004 e, em decisão proferida aos 4-12-2009, pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. À luz desses elementos, é possível concluir que houve o decurso de lapso temporal superior a quatro anos entre o último marco interruptivo (a sentença condenatória recorrível – CP, art. 117) e a presente data, consumando-se, portanto, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

4. Ordem concedida.

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, 13 de dezembro de 2011 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados José Roberto Batochio, Guilherme Octavio Batochio, Ricardo Toledo Santos Filho e Leonardo Vinícios Batochio em favor de Paulo Afonso Lucas, buscando a extinção da punibilidade do paciente.

Apontam como autoridade coatora o Ministro **Vasco Della Giustina**, do Superior Tribunal de Justiça, que, monocraticamente, rejeitou os embargos de declaração opostos no RE 802.620/SP interposto naquela Corte.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que a prescrição da pretensão punitiva estatal do delito praticado pelo paciente já se teria consumado. Aduzem, para tanto, que:

> Na espécie, com o provimento parcial do Recurso Especial manejado pelo Paciente, viu-se ele condenado a **2 anos de reclusão**.
>
> Ora, se assim é, extinta se acha, inequivocamente, sua punibilidade, eis que **da data da publicação do v. aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo (25/10/2004 – cf. documentação anexa) até esta parte mais de 4 anos transcorreram**.
>
> Não se tendo verificado qualquer causa interruptiva do lapso prescricional desde então – cf. enumeração TAXATIVA do artigo 117 do Código Penal –, tem-se que é manifesto o constrangimento ilegal que da omissão decorre para o Paciente, na medida em que não subsiste a condenação que foi imposta contra o Paciente e, pior, **contra si se está prestes a expedir mandado de prisão**. Daí a eleição desta via para a conjuração da violência.
>
> E nem se argumente que a decisão não teria passado em julgado para o Ministério Público, eis que a decisão do Egrégio STJ que deu provimento ao recurso especial manejado pelo Paciente para reduzir a pena a 2 anos de reclusão, **foi proferida no dia 4 de dezembro de 2009** (cf. doc. incluso). Há quase dois anos, portanto.
>
> Dessa decisão tomou ciência o Ministério Público aos 18 de dezembro de 2009 (cf. doc. anexa), momento a partir do qual começou a fluir, para si, o prazo para interposição de eventual recurso, tendo se quedado silente o **Parquet**.
>
> O Paciente, de seu turno, opôs, no prazo legal, os respectivos embargos de declaração, os quais vieram de ser rejeitados por decisão monocrática do Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, aqui autoridade apontada como coatora, ao fundamento de que a decisão não teria passado em julgado para o Ministério Público.
>
> Nada mais equivocado, **data maxima et maxima venia**.
>
> Ora, o trânsito em julgado para o Ministério Público, como se viu, já ocorreu de há muito!
>
> Não se desconhece, em absoluto, que, na hipótese de oposição de embargos de declaração, o prazo para futuras impugnações fica suspenso. **Referida suspensão, todavia, aplica-se tão somente à parte que se insurgente, em observância, inclusive, ao princípio da unirrecorribilidade**.
>
> É evidente que a suspensão do prazo não se estende à parte resignada, não havendo qualquer embasamento legal que justifique esse argumento, **data venia**...
>
> A decisão a que aqui se alude, portanto, já se fez firme, imutável, pois, para o Ministério Público. Trata-se de fato absolutamente incontroverso.

> Jurídica e tecnicamente impossível, pois, cogitar-se, agora, de eventual recurso do Ministério Público, a menos que se admita a consagração da odiosa figura da **reformatio in pejus**, anátema em Direito Penal.
> (Fls. 22 a 24 da inicial – Grifos conforme o original.)

Requerem o deferimento da liminar para "suspender a referida decisão condenatória e seus efeitos, determinando-se o recolhimento do mandado de prisão, caso já tenha sido expedido". No mérito, pedem a concessão da ordem para que "**seja reconhecida, nos exatos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, a prescrição da pretensão punitiva na espécie, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, § 1º, todos do Código Penal, com a consequente decretação da extinção da punibilidade do Paciente**" (fl. 25 da inicial – grifos conforme o original).

Em vista do quanto exposto e do entendimento doutrinário acerca da aplicabilidade ao processo penal (em face de sua omissão), por analogia, da regra contida no art. 538 do Código de Processo Civil, segundo a qual "os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes", determinei fossem solicitadas informações à autoridade apontada como coatora para que, além das informações pertinentes, informasse a esta Suprema Corte se teria ocorrido o trânsito em julgado para o *Parquet* da decisão que proveu parcialmente o REsp 802.620/SP.

Por intermédio da petição/STF 73.079/2011, os impetrantes reiteraram o pedido de liminar, visto que o paciente permanecia sob a coação ilegal noticiada na inicial.

Deferi o pedido de liminar a fim de que fosse sustado o andamento do REsp 802.620/SP no Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento definitivo da presente impetração.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi**, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do Ministro **Vasco Della Giustina**, do Superior Tribunal de Justiça, que, monocraticamente, rejeitou os embargos de declaração opostos no Recurso Especial 802.620/SP.

Narram os impetrantes, na inicial, que:

> O Paciente se viu processar, perante o douto Juízo da 10ª Vara Criminal da Capital, por suposta violação ao preceito primário contido no artigo 316, em referência ao artigo 71, ambos do Código Penal, porque teria, na qualidade de Procurador-Chefe da 2ª Subprocuradoria Fiscal do Estado, oficiando nos autos de arrolamento n. 1.405/95 da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Capital, exigido vantagem ilícita dos advogados constituídos pelos interessados naqueles autos.

Suposto proveito espúrio consubstanciar-se-ia na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em dinheiro, virtual contrapartida da manifestação que o Recorrente lançaria naqueles autos, favorecendo aos interessados, no sentido de que não seriam eles devedores de tributos estaduais, no importe de R$ 41.081,80 (quarenta e um mil, oitenta e um reais e oitenta centavos).

As tratativas para o recebimento do numerário teriam se desdobrado em etapas diversas, tudo culminando com a provocação de situação de flagrância, induzida pela polícia, mas que nunca possibilitaria a exaustão do delito.

Lavrado o auto de flagrante e concedida liberdade processual ao Paciente, foi o apuratório distribuído à douta 10ª Vara Criminal de São Paulo.

Oferecida denúncia e apresentada defesa preliminar nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal, a exordial veio de ser recebida e interrogado o Paciente.

Concluída a instrução, sobreveio a fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, tendo se manifestado o Ministério Público e Assistência da Acusação.

Nessa oportunidade, requereu o Paciente, tempestivamente, fosse realizada perícia grafotécnica na assinatura aposta na manifestação cuja autoria é atribuída à sua pessoa – que teria sido lançada nos autos do inventário do espólio de Alice Antunes Batista, no sentido de que não seriam os herdeiros devedores de tributos estaduais no importe de R$ 41.081,80 –, a fim de que fosse atestado se ela é ou não proveniente de seu punho (o Paciente sempre negou).

Aludida pretensão foi indeferida, ressalvada, porém, a possibilidade de conversão do julgamento em diligência para esse fim.

Manifestou-se, então, em alegações finais a ilustre representante do Ministério Público, propugnando a condenação do Paciente, nos exatos termos da denúncia.

A douta Assistência, de seu turno, abordando exclusivamente questões de natureza extrapenal, culminou por requerer o reconhecimento do delito de concussão, bem ainda o de excesso de exação (?!), este jamais cogitado nos autos (como quer que seja, não se vislumbra, sequer em tese, como pudesse o Paciente ser sujeito passivo de tal ilícito penal, eis que nunca esteve investido da função de cobrar tributo de quem quer que fosse). Sustentou, de quebra, a incidência à espécie de duas agravantes, que também nunca foram suscitadas pelo *dominus litis*...

Por sua vez, o Paciente ofertou suas derradeiras alegações, arguindo, entre outras teses, a nulidade do feito por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da realização da perícia, que se exibia indispensável.

O feito foi, então, anulado, para que fosse procedido o exame grafotécnico.

Incompreensivelmente, entretanto, a perícia deixou de ser realizada pelos *experts* em razão de não terem sido recebidos os documentos originais, embora tivessem afirmado que poderiam realizá-lo em simples cópia reprográfica.

O exame pericial sempre se mostrou de fundamental relevância para o desfecho da causa (que deve ter como norte o princípio da busca da verdade real), máxime em se considerando a circunstância de que o Paciente sempre negou, reafirme-se, tenha subscrito o documento em questão. Insistiu a defesa do Paciente na produção daquela prova técnica que acabou por ser, nesse segundo momento, indeferida. Não se realizou, pois, o exame grafotécnico pleiteado pelo Réu em fase procedimental própria, o que traduz inequívoco cerceamento de defesa.

Nesse mesmo despacho foi determinada vista às partes para alegações finais, encaminhando-se os autos ao Ministério Público, que então requereu apenas o prosseguimento do feito, não tendo feito qualquer referência às derradeiras alegações que anteriormente ofertara.

A Assistência da Acusação não foi intimada para esse fim.

Para que não suportasse novos prejuízos, renovou o Paciente, em todos os seus termos, as alegações finais que já houvera apresentado, sublinhando, por mais uma vez, as preliminares ali arguidas, sobretudo a que tratava da nulidade absoluta do processado por cerceamento do direito de defesa à vista do indeferimento da realização do exame pericial (muito embora possível sua realização, segundo afirmaram os próprios *experts*).

Em decisão que proferiu, o juízo monocrático repeliu as preliminares e condenou o Paciente nos termos da denúncia, dando-o como incurso nas penas do artigo 316 do Código Penal, em referência ao artigo 71 do mesmo Diploma: concussão, na forma continuada.

Até então, nada de incomum, eis que é livre a convicção do magistrado e o duplo grau de jurisdição garante a revisão das decisões através dos recursos que são interpostos à superior instância.

Sucedeu, todavia, que aquele juízo, em aberta afronta à Constituição Federal e afastando-se da melhor doutrina e jurisprudência, infligiu-lhe, arbitrária e draconianamente, *data maxima venia*, a pena privativa de liberdade de nada menos que – pasme! – 10 anos de reclusão! Quase um homicídio qualificado!

Quintuplicou-se o mínimo legal, aplicando-se essa absurda reprimenda a réu absolutamente primário, de impolutos antecedentes, com residência fixa, ocupação lícita, que compareceu a rigorosamente todos os atos processuais, respondeu em liberdade aos termos da ação penal e viu-se acusado de delito que não enseja o emprego de violência.

Não bastasse isso, a despeito de se ter determinado o início do cumprimento da pena em regime fechado, não lhe foi permitido recorrer em liberdade, inobstante todas essas circunstâncias, notadamente o fato de ter respondido solto a todos os termos do processo, além de não estarem presentes os requisitos do artigo 312 da Lei Processual Penal.

O Paciente veio de ser encarcerado, então, nas dependências do 13º Distrito Policial de São Paulo.

Em razão dessa arbitrariedade, impetrou-se ordem de *habeas corpus* em seu favor perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que culminou por ser deferida, à unanimidade, para que pudesse ele apelar em liberdade.

Daquele *decisum* condenatório, interpôs o Paciente recurso de apelação – e tão somente ele, tendo a decisão condenatória passado em julgado para a acusação e para a assistência – que, processado, veio de ser julgado parcialmente procedente para o fim de afastar a continuidade delitiva, reduzindo-se a reprimenda para cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semiaberto, e 26 dias-multa.

Vislumbrando omissões no v. acórdão, opôs o Paciente Embargos Declaratórios que visavam, além da declaração do aresto, também, ao prequestionamento explícito da matéria para a interposição do recurso especial.

Levados a julgamento, os Embargos foram rejeitados, à unanimidade.

Processado o Recurso Especial manejado, decidiu o Egrégio STJ provê-lo, em parte, para o fim de afastar a causa de aumento da pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal e fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

(Fls. 3 a 7 da inicial.)

Eis a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Insurge-se Paulo Afonso Lucas contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em caso de concussão praticada pelo recorrente na qualidade de Procurador do Estado, recebeu esta ementa:

"Prova. Perícia grafotécnica solicitada na fase do art. 499 CPP. Desnecessidade. Prova de evento que refoge ao fato típico. Ausência de cerceamento de defesa. Preliminar afastada.

Assistente da acusação. Depoimento como testemunha que não representa nulidade, pois não o impede de falar a verdade. Representação processual regular. Procuração válida. Preliminar afastada.

Inversão tumultuária do feito. A determinação de perícia após as alegações finais de acusação não geraram prejuízo, pois a prova acabou não sendo realizada e, portanto inexistente. Não infringido o devido processo legal. Preliminar afastada.

Inversão tumultuária do feito. Oitiva da acusação após alegações da defesa, a respeito das preliminares arguidas. Dada nova oportunidade de manifestação à defesa. Preservação do princípio da ampla defesa e acusação e do contraditório. Não infringido o devido processo legal. Preliminar afastada.

Gravação telefônica. Não violado o sigilo das comunicações telefônicas. Inexistência de interceptação. Gravação pelo próprio interlocutor, sem interferência de terceiro. Hipótese em que o outro interlocutor investe criminalmente. Prova válida. Preliminar afastada.

Concussão. Exigência de vantagem ilícita em decorrência do cargo. Difere da corrupção passiva, onde ocorre solicitação. Temor da autoridade influindo na manifestação de vontade da vítima.

Concussão. Procurador do Estado que quer alta soma monetária a fim de emitir parecer declarando o espólio quites com os tributos estaduais que, de outra forma, declararia estar valorado no quádruplo da quantia requisitada. Exigência da vantagem bem demonstrada.

Concussão. Continuidade delitiva. Não ocorrência. Verba exigida uma única vez pelo mesmo fato. Prolongamento da discussão sobre a forma e momento do pagamento que não implica em crime continuado, mas em delito único. Apelo parcialmente provido para este fim.

Dosimetria penal. Réu primário, com bons antecedentes. Cargo de grande responsabilidade. Comprometimento de todo o órgão da Procuradoria ao exigir a importância. Pena base de 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa majorada em 1/3 por exercício de cargo diretivo.

Regime prisional. Em razão da pena definitiva, fica estabelecido o regime semiaberto para cumprimento da pena. Apelo parcialmente provido para este fim."

Nas razões do especial, fundado nas alíneas *a* e *c*, traz o recorrente as seguintes teses: (I) negativa de vigência do art. 381, III, do Cód. de Pr. Penal em razão da falta de fundamentação do acórdão; (II) ofensa aos arts. 471 do Cód. de Pr. Civil e 499 do Cód. de Pr. Penal; (III) violação dos arts. 473 do Cód. de Pr. Civil e 268, 271 e 564, IV, do Cód. de Pr. Penal; (IV) infringência do art. 1º da Lei n. 9.296/96, por consistir prova ilícita a gravação clandestina; (V) contrariedade do art. 316 do Cód. de Pr. Penal ante a atipicidade da conduta; (VI) afronta ao art. 617 do Cód. de Pr. Penal, porque o acórdão recorrido teria agravado a pena do recorrente sem que houvesse recurso interposto pelo Ministério Público; e (VII) negativa de vigência do art. 59 do Cód. Penal, porquanto fixada a pena-base muito acima do mínimo legal.

O recurso merece prosperar em parte. A alegação de falta de fundamentação não procede, porque, da leitura do acórdão, percebe-se ter havido apreciação pontual de cada tema suscitado, inclusive com indicação de doutrina e jurisprudência.

No que se refere à alegação de preclusão *pro-judicato*, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal no sentido de que a preclusão alcança tão somente as partes. Veja-se, por exemplo, o REsp 59.978 (Ministro **Milton Pereira**, *DJ* de 2.9.96): "A preclusão é sanção imposta à parte, mas não ao Juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária." No mesmo sentido, trago estes julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção:

> "Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, I, II e IV, na forma do art. 70, ambos do Código Penal. Indeferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP. Cerceamento de defesa.
>
> Inocorrência. Aplicação da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Incidência de duas majorantes. Fundamentação. Inocorrência.
>
> Concurso formal.
>
> I – O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso *sub examine*, não havendo que se falar em cerceamento de defesa (Precedentes do STJ e STF).
>
> (...)
>
> *Writ* parcialmente concedido."
>
> (HC 51.055, Ministro **Felix Fischer**, *DJ* de 8-5-2006.)
>
> "Processual Civil. Prova testemunhal. Indeferimento. Agravo de instrumento e agravo retido. Preclusão consumativa. Inexistência.
>
> 1. Não há preclusão para o juiz em matéria probatória, razão pela qual não viola o art. 473 do CPC o julgado do mesmo Tribunal que, ao julgar apelação, conhece e dá provimento a agravo retido, para anular a sentença e determinar a produção de prova testemunhal requerida pelo autor desde a inicial, ainda que, em momento anterior, tenha negado agravo de instrumento sobre o assunto.
>
> 2. Interpretação teleológica do art. 130 do CPC corroborada pela efetiva e peremptória intenção do autor em produzir a prova.
>
> 3. Recurso especial não conhecido."
>
> (REsp 418.971, Ministro **Fernando Gonçalves**, *DJ* de 7-11-2005.)

Também entendo que não seja caso de nulidade ter o assistente sido ouvido na qualidade de testemunha, porquanto nenhum prejuízo trouxe à defesa. Sobre a ilicitude da prova, a gravação não foi regulamentada pela Lei n. 9.296/96, justamente porque não configura hipótese de prova ilícita. O Superior Tribunal já firmou entendimento nesse sentido:

> "*Habeas corpus*. Processo Penal. Vereador. Corrupção ativa e passiva. Condenação. Fita cassete. Prova. Licitude. 1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal.
>
> (...)
>
> 4. Ordem denegada."
>
> (HC 36.545, Ministra **Laurita Vaz**, *DJ* de 29-8-2005.)

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Constitucional. Estelionato. Gravação telefônica pela vítima de crime. Prova ilícita. Incaracterização.

(...)

2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

3. Recurso improvido."

(RHC 12.266, Ministro **Hamilton Carvalhido**, *DJ* de 20-10-2003.)

Não obstante, havendo apenas recurso da defesa, portanto sem recurso do Ministério Público, não poderia o Tribunal ter feito incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Cód. Penal para elevar a pena em um terço. É nesse sentido a orientação do Superior Tribunal. Veja-se, a propósito, o HC 102.932 (Ministro **Og Fernandes**, *DJE* de 19.10.09): "É vedado ao Tribunal agravar a situação do paciente, em sede de recurso exclusivo de defesa, sob pena de incorrer em violação ao princípio da no *reformatio in pejus*". Da 5ª Turma, trago o HC 122.475 (Ministra **Laurita Vaz**, *DJE* de 8.9.09: "A correção, de ofício, de erro material no *quantum* da pena fixada na sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feita em recurso exclusivo da defesa, constitui *reformatio in pejus*, de acordo com a recente jurisprudência dos Tribunais Superiores".

Por fim, quanto à fixação da pena, merece prosperar a irresignação. Ora, é vedada a valoração de elemento constante do tipo como circunstância capaz de aumentar a pena-base. Daí por que impossível é majorar a pena pelo fato de ocupar o recorrente cargo de Procurador do Estado. A propósito, veja-se o HC 102.936 (Ministra **Maria Thereza**, *DJE* de 9.11.09): "As circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal não podem levar ao aumento da pena-base". Temos, ainda, o HC 115.584 (Ministro **Jorge Mussi**, *DJE* de 26.10.09): "Constitui evidente constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto sem a devida fundamentação ou com a utilização de elementos próprios do tipo penal violado".

Diante desse contexto, conheço do recurso especial para dar-lhe provimento em parte, a fim de afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Cód. Penal e fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal, a saber, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, sem prejuízo da multa já fixada.

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, "*fundamentados na omissão quanto à apreciação da ocorrência da* ***prescrição da pretensão punitiva estatal***" (fl. 8 da inicial – grifos conforme o original). Contudo, foram eles, monocraticamente, rejeitados, em decisão assim fundamentada:

Trata-se de embargos de declaração opostos por *Paulo Afonso Lucas*, contra a r. decisão de fls. 796/799, que deu parcial provimento ao recurso especial a fim de reduzir a pena fixada em seu desfavor, haja vista o cometimento do crime de concussão.

O embargante aduz, em síntese, que a decisão embargada foi omissa, uma vez que não se manifestou sobre a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Assim, sustenta que "entre a publicação da r. sentença de primeiro grau (3/7/2002) até esta parte, mais de quatro anos se passaram – não tendo se verificado, ainda, o trânsito em julgado da r. decisão condenatória, que é o próximo marco interruptivo –, de sorte que inequívoca a prescrição do *jus puniendi* na espécie" (fl. 843).

Manifestação do Ministério Público Federal, subscrito pelo e. Subprocurador-Geral da República Dr. **Maurício Vieira Bracks**, pela rejeição dos aclaratórios (fls. 848/851).

É o breve relatório.

Decido.

A irresignação não prospera.

Não é possível identificar na decisão embargada quaisquer dos vícios ensejadores dos embargos declaratórios, a teor do art. 619 do CPP.

Deveras, como pontificado pelo *Parquet* federal, "a contagem do lapso prescricional tomando como parâmetro a quantidade de pena aplicada somente é possível após o trânsito em julgado para a acusação. Na hipótese, verifica-se que a r. decisão de fls. 796/799, que fixou a pena do ora embargante em 2 (dois) anos de reclusão, ainda está sujeito a recurso do órgão ministerial. Assim, inexistindo trânsito em julgado para a acusação, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal considerando a pena *in concreto* fixada por esse colendo Superior Tribunal de Justiça" (fl. 850).

Vale ressaltar que a decisão que reduziu a pena do embargante ainda está sujeita a recurso, já que os embargos de declaração – recurso ora apreciado – interrompem o prazo recursal para ambas as partes.

Destarte, como ainda cabe recurso para a acusação com a finalidade de restabelecer o *quantum* de pena anteriormente fixado, não há como se aferir a prescrição pela pena *in concreto*, devendo incidir, *in casu*, o art. 109 do CP, que regula a prescrição em abstrato.

Assim, não há falar em qualquer contradição, omissão, ambiguidade ou obscuridade na decisão hostilizada.

Por fim, a via dos embargos declaratórios não se presta para rediscutir os fundamentos da decisão embargada. A respeito:

> "*Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Ofensa ao art. 619 do CPP. Firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de inexistir omissão quando se decide fundamentadamente a questão submetida, embora contrária aos interesses do embargante. Vinculação entre a decisão que determina a subida do recurso especial e as posteriores. Inexistência. Alegação que comprova a pretensão do embargante em rediscutir o mérito da causa. Embargos de declaração rejeitados.*
>
> 1. Os embargos declaratórios somente podem ser utilizados quando houver, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão acerca de ponto sobre o qual deveria pronuncia-se o juiz ou tribunal e não o fez, isso, nos exatos termos do art. 619 do Código de Processo Penal.
>
> 2. O relator que analisa os autos do recurso especial não está vinculado ao juízo de admissibilidade realizado por ocasião do julgamento do agravo de instrumento.
>
> 3. A alegação da embargante de que o relator não pode decidir contrariamente do entendido no juízo de admissibilidade, deixa clara a pretensão de rediscutir o mérito da causa, o que é inadmissível em tema de embargos de declaração.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados."
>
> (EDcl no AgRg no Resp. 737.398/PE, Rel. Min. *Celso Limongi* (*Desembargador convocado do* TJ/SP), *DJE* de 30-5-2011.)
>
> Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Essa é a razão pela qual se insurgem os impetrantes neste *writ*.

Na hipótese vertente, tenho que o caso é de concessão da ordem.

O Juízo de piso condenou o paciente pelo crime de concussão em continuidade delitiva (art. 316, c/c o art. 71 do Código Penal) à reprimenda definitiva de dez anos de reclusão em regime inicialmente fechado. A sentença foi publicada em cartório em 3-7-2002.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 29-4-2004, proveu parcialmente aquele recurso da defesa para afastar a continuidade delitiva e reduzir a pena do paciente para cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em 4-12-2009, proveu parcialmente o recurso especial da defesa para afastar "a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Cód. Penal e fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal, a saber, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, sem prejuízo da multa já fixada."

Fixadas essas premissas e a informação da autoridade coatora de que a decisão proferida no recurso especial em questão, que fixou a pena privativa de liberdade do paciente em dois anos de reclusão, transitou em julgado para o *Parquet* estadual em 6-9-2011, tenho que a análise da prescrição deve pautar-se pela pena em concreto aplicada (art. 110, § 1º, do Código Penal).

Nessa conformidade, *verifica-se no prazo de quatro anos a prescrição da pretensão punitiva estatal*, conforme a regra do inciso V do art. 109 do Código Penal.

Colhe-se dos documentos que instruem a impetração que o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998; a denúncia foi recebida aos 4-2-1999; e a sentença condenatória publicada em cartório aos 3-7-2002. Por força de recursos defensivos, a pena imposta ao paciente foi mitigada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual em 29-4-2004 e, em decisão proferida aos 4-12-2009, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê, houve *o decurso de lapso temporal superior a quatro anos* entre o último marco interruptivo (a sentença condenatória recorrível – CP, art. 117) e a presente data, isso porque, segundo doutrina de grande prestígio, o acórdão confirmatório que reduz a pena imposta ao réu não interrompe a prescrição (JESUS, Damásio de. **Código Penal comentado**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 388).

No mesmo sentido são os ensinamentos de **Alberto Silva Franco** e **Rui Stoco**. Confiram-se:

> O acórdão que confirma a sentença condenatória, não tem [o efeito de interromper a prescrição], nem mesmo quando altera para mais ou para menos a reprimenda imposta na decisão anterior, ou ainda que promova desclassificação. E não tem o efeito porque não possui carga condenatória, mas simplesmente declaratória. Manter a condenação não é condenar, mas confirmar a condenação constante da sentença. A modificação na dosimetria não implica em nova condenação, mas apenas em corrigir a resposta penal.
>
> (**Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 612.)

Do mesmo modo foi a conclusão do Ministério Público Federal. Leio do parecer:

> Consta dos autos que o Juízo de primeira instância condenou o paciente à pena de 10 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 316 c/c o art. 71, ambos do Código Penal (concussão em continuidade delitiva).
>
> O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação, aos 29/04/2004, deu parcial provimento ao recurso da defesa para afastar a continuidade delitiva e reduzir a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.
>
> Em 04/12/2009, por decisão monocrática, o Ministro **Nilson Naves**, do Superior Tribunal de Justiça, proveu, em parte, o recurso da defesa para afastar "a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Cód. Penal e fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal, a saber, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, sem prejuízo da multa já fixada".
>
> Ainda consoante o informe obtido no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, a decisão proferida nos autos do Recurso Especial n. 802.620/SP, que estabeleceu a pena privativa de liberdade do paciente em 2 anos de reclusão, transitou em julgado para o Ministério Público em 6/09/2011, devendo, pois, o exame da ocorrência da prescrição ser orientado pela pena em concreto aplicada, na forma do art. 110, § 1º, do Código Penal.
>
> No presente caso, tem-se que o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998, a denúncia foi recebida aos 04/02/1999 e a sentença condenatória publicada em cartório em 03/07/2002.
>
> Em virtude de recursos interpostos pela defesa, a pena imposta ao réu foi reduzida em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29/04/2004 e ainda em decisão prolatada aos 04/12/2009 pelo Superior Tribunal de Justiça.
>
> Assim, transitado em julgado o decreto condenatório para o Ministério Público, a prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena privativa de liberdade aplicada em concreto, qual seja, 2 anos de reclusão, extinguindo-se a punibilidade em 4 anos, a teor do disposto no inciso V do art. 109 do Código Penal.
>
> Na espécie, entre o último marco interruptivo, no caso, a sentença condenatória recorrível (CP, art. 117), publicada em 03/07/2002, e a presente data, transcorreu lapso superior a 9 anos, verificando-se a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Com essas considerações, concedo a ordem para julgar extinta a punibilidade do paciente, em virtude da consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a situação jurídica é das mais interessantes. O Juízo condenou o paciente a dez anos de reclusão e quarenta dias-multa. Considerada essa pena, não se teria a prescrição.

O Tribunal de Justiça reduziu a pena a cinco anos e quatro meses de reclusão. Evidentemente, defrontou-se com apelação da defesa. Houve também recurso

especial interposto pela defesa, e o Superior Tribunal de Justiça veio a fixar a pena em dois anos de reclusão em regime aberto. Questiona-se: qual é o fator interruptivo da prescrição que deve ser considerado? É o retratado na sentença, mas com a pena do Superior Tribunal de Justiça? Se for, o sistema não fecha.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Aí criamos norma nova.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, não fecha o sistema. Vamos considerar a sentença como título condenatório, e a meu ver não o é, porque foi substituída pelo acórdão do Tribunal de Justiça e este pelo do Superior Tribunal de Justiça. Vamos ressuscitar a sentença como um elemento interruptivo, mas considerando pena que nela não está retratada para aferir se houve, ou não, a prescrição.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Vossa Excelência está considerando o acórdão?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Porque o acórdão mudou. Substituiu a sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Veio a alteração do art. 117, IV, do Código Penal, e passou-se a ter como fator interruptivo a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios. Vem vocábulo que não potencializo: recorríveis. Em tese, o acórdão do STJ poderia ensejar um recurso, mas há referência a acórdão condenatório. Não se teve um acórdão que simplesmente confirmou a sentença do Juízo.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas, ainda que tivesse confirmado, é outra decisão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Mas aqui ainda é mais grave.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, mas a doutrina sustenta que, nesse caso de simples confirmação, o que interrompe é a data da sentença.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Aqui eu só gostaria, diante da divergência aberta pelo eminente Ministro Marco Aurélio, de sustentar a minha posição. Há uma questão de ordem lógica, absolutamente de ordem lógica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não resisto à lógica, curvo-me a ela, sempre, sempre, se me convencer...

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Art. 117, *caput*:

> Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
> (...)
> IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

O que eu pergunto, do ponto de vista lógico: o acórdão do TJ, ele que condenou? O acórdão do STJ, ele condenou?

O Sr. Ministro Luiz Fux: Só diminuiu...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Condenou.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Eles estão contidos na condenação primeva, que foi a do Juízo de piso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): A gente fala: condena-se à pena de tal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A minha dificuldade, pela mesma lógica, está, a um só tempo, em considerar a pena imposta pelo Superior Tribunal de Justiça e a sentença proferida, na qual a pena foi muito maior e não desaguaria na prescrição, como fato interruptivo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): E mais, na parte dispositiva se tem: fica condenado às penas de...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Dois anos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): É condenação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Contada a prescrição, quer da sentença, presente a pena formalizada pela juíza, quer do acórdão do Tribunal de Justiça, presente a pena nele estampada, quer o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, não há prescrição.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Na medida em que os acórdãos substituem a sentença, eles estão corrigindo aquela sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, substituída não existe mais no mundo jurídico, muito menos para interromper a prescrição.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exato. Mas ela existe no sentido de condenação, do conjunto maior; o conjunto maior é condenação. Então, se houve uma condenação que deveria ter sido fixada no Juízo de primeira instância, em dois anos, penso que, do ponto de vista lógico, deve-se contar a interrupção da prescrição da data desta sentença, consoante a corrigenda feita pelas instâncias superiores. É a minha posição, com todo o respeito à posição de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Claro. E o bonito do Colegiado é isso. O raciocínio é esse.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exatamente. Então, só para concluir. Penso que a sentença condenatória, ou seja, a ideia de condenação, a fixação da ideia de que esse paciente deveria ser condenado está contida em uma sentença de primeiro grau, que deveria ter estabelecido a pena de dois anos. Assim entendeu, no fim das contas, o sistema judicial brasileiro, em face de recursos feitos pela defesa. Ora, então aquela sentença deveria ter fixado a condenação em dois anos, que é a que transitou em julgado para o Ministério Público. E, por isso, então, eu entendo que devo fazer a leitura, e assim votei, de que o prazo deve-se contar a partir daquela sentença de primeiro grau, com o devido respeito à posição divergente.

O tema é bastante interessante, sem dúvida nenhuma.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o que preceitua o art. 117?

> Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11-7-1984)
> (...)
> IV – pela publicação da sentença (...)

O que se tem com essa previsão? Porque prolatada a sentença, se perquire, considerada a pena fixada pelo Juízo e a data da última interrupção, ou seja, o recebimento da denúncia, se prescreveu ou não. Vem a disjuntiva: "ou". A sentença já foi suplantada, foi substituída pelo acórdão do Tribunal de Justiça e, depois, este pelo do Superior Tribunal de Justiça, "ou acórdão condenatório recorrível". O que há, a essa altura, como título judicial estampando uma pena? O acórdão do Superior Tribunal de Justiça. E, considerada a data da prolação desse acórdão condenatório, a passagem do tempo até hoje, não transcorrera os quatro anos da prescrição.

Por isso, penso que não podemos ressuscitar a sentença, porque para ressuscitá-la teria que fazê-lo considerado o grande todo, inclusive a parte abusiva da pena.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhora Presidente, eu só gostaria de fazer a leitura de parte do meu voto, na medida em que eu fiz um resumo; eu fiz um resumo de que estava também lastreado na teoria jurídica penal sobre o tema. Quero citá-la agora e transcrevê-la como está no voto:

> Como se vê [disse eu], houve o decurso de lapso temporal superior a quatro anos entre o último marco interruptivo à sentença condenatória recorrível, Código Penal, art. 117, e a presente data. Isso porque, segundo doutrina de grande prestígio, o acórdão confirmatório que reduz a pena imposta [aqui, veja bem, o acórdão confirmatório que reduz a pena imposta] ao réu não interrompe a prescrição.

Aqui estou citando Damásio de Jesus, **Código Penal comentado**.

No mesmo sentido, Senhora Presidente, também cito o ensinamento de Alberto Silva Franco & Rui Stoco. Literalmente, eles dizem:

> O acórdão que confirma a sentença condenatória não tem o condão e o efeito de interromper a prescrição (…)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não confirmou. De início, reservando-me uma reflexão maior, concordo com Vossa Excelência e também com os doutrinadores.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator):

> (…) nem mesmo [continuam eles] quando altera para mais ou para menos a reprimenda imposta na decisão anterior...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Imaginem que passo largo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator):

> (…) ou ainda que promova a desclassificação. E não tem o efeito porque não possui carga condenatória, mas, simplesmente, declaratória. Manter a condenação não é condenar, mas confirmar a condenação constante da sentença. A modificação da dosimetria não implica em nova condenação, mas apenas em corrigir a resposta penal.

Aqui eu não estou fazendo juízo de valor em relação à hipótese que eles citam de aumento, mas aqui, sem dúvida nenhuma e na mesma linha de Damásio, eles citam a alteração da dosimetria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aumentando mediante uma nova classificação? Claro que surge novo tipo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Estou a julgar o caso concreto, não estou a julgar hipóteses que não estão postas em julgamento.

E, nesse sentido, entendo que a ele se presta essa teoria jurídica, na linha do voto que proferi.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, como essa é a primeira vez que a matéria surge, e, de qualquer maneira, é muito interessante a tese dessa pena contida – quer dizer, o acórdão, quando fixa uma pena, tem efeitos *ex tunc*, e aquela deveria ter sido a pena fixada na sentença –, vou me dar o direito de pedir vista para estudar e desenvolver. É interessante o tema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Muito interessante. É um desafio intelectual. Quando achamos que já vimos tudo em Direito, surge algo novo. Que belo é o Direito, eletrizante ciência!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Vossa Excelência me faz lembrar uma certa figura da República que dizia: Pensem em alguma coisa que você acha que nunca aconteceu; pense em alguma coisa que você acha que nunca acontecerá. Em tal Estado já aconteceu e é comum. No Direito é mais ou menos esse Estado, onde tudo que nunca aconteceu e nem acontecerá.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

HC 109.966/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Impetrantes: Guilherme Octavio Batochio e outros. Paciente: Paulo Afonso Lucas. Coator: Relator do REsp 802.620 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli, Relator, que concedia a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a prescrição, e do voto do Ministro Marco Aurélio, que denegava a ordem por entender que não incidia a prescrição, pediu vista do processo o Ministro Luiz Fux. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Brasília, 8 de novembro de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

VOTO-VISTA

Direito penal. Habeas corpus. Concussão (art. 316 do Código Penal). Contagem do prazo prescricional. Marcos interruptivos. Acórdãos confirmatórios da condenação. Redução de pena que não afasta essa qualificação. Intenção ampliativa do legislador. Óbice declinado pelo STJ: ausência do trânsito em julgado para a acusação. Obstáculo removido ante a preclusão maior verificada. Prescrição segundo a pena em concreto. Concessão da ordem para declarar extinta a punibilidade.

1. A alteração legislativa do art. 117, inciso IV, do Código Penal pela Lei 11.596/2007, visou justamente a explicitar que o acórdão condenatório, ainda que aumente ou diminua a pena, serve como marco de interrupção do prazo prescricional, conforme se verifica na justificação do projeto que a originou, *verbis*: "Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir da publicação do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal."

2. *In casu,* consta nos autos que o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998, a denúncia foi recebida aos 4-2-1999 e a sentença condenatória publicada em cartório em 3-7-2002. Ainda, em razão de recursos interpostos pela defesa, a pena imposta ao réu foi reduzida em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29-4-2004 e ainda em decisão prolatada aos 4-12-2009 pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. O óbice declinado pelo STJ para não utilizar a pena *in concreto* no cálculo do prazo prescricional foi removido, porquanto sobreveio o trânsito em julgado para o Ministério Público da decisão alusiva ao recurso especial em 6-9-2011, devendo, pois, o exame da ocorrência da prescrição ser orientado pela pena aplicada, de 2 anos de reclusão, na forma do art. 110, § 1º, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade em 4 anos, a teor do disposto no inciso V do art. 109 do Código Penal.

4. No caso *sub judice*, entre o penúltimo marco interruptivo (o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29-4-2004) até a última interrupção, qual seja, a decisão do STJ datada de 4-12-2009, transcorreram mais de 5 anos, tempo suficiente para declarar-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

5. Daí por que despiciendo assentar que o acórdão proferido pelo TJ/SP não consubstancia marco interruptivo, porquanto, ainda que assim considerado, tem-se a prescrição *in casu*.

6. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

7. Concessão da ordem para o fim de declarar a extinção da punibilidade ante a prescrição, considerado como marco interruptivo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro Vasco Della Giustina, do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração interpostos em recurso especial, não reconhecendo, por consequência, a extinção da punibilidade ante a prescrição, mediante a seguinte fundamentação, *verbis*:

> Não é possível identificar na decisão embargada quaisquer dos vícios ensejadores dos embargos declaratórios, a teor do art. 619 do CPP.
>
> Deveras, como pontificado pelo *Parquet* federal, 'a contagem do lapso prescricional tomando como parâmetro a quantidade de pena aplicada somente é possível após o trânsito em julgado para a acusação. Na hipótese, verifica-se que a r. decisão de fls. 796/799, que fixou a pena do ora embargante em 02 (dois) anos de reclusão, ainda está sujeito a recurso do órgão ministerial. Assim, inexistindo trânsito em julgado para a acusação, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal considerando a pena *in concreto* fixada por esse colendo Superior Tribunal de Justiça' (fl. 850).
>
> Vale ressaltar que a decisão que reduziu a pena do embargante ainda está sujeita a recurso, já que os embargos de declaração – recurso ora apreciado – interrompem o prazo recursal para ambas as partes.
>
> Destarte, como ainda cabe recurso para a acusação com a finalidade de restabelecer o *quantum* de pena anteriormente fixado, não há como se aferir a prescrição pela pena *in concreto*, devendo incidir, *in casu*, o art. 109 do CP, que regula a prescrição em abstrato.
>
> Assim, não há falar em qualquer contradição, omissão, ambiguidade ou obscuridade na decisão hostilizada.

Consta dos autos que o Juízo de primeira instância condenou o paciente à pena de dez anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do crime de concussão, em continuidade delitiva (art. 316 c/c o art. 71, ambos do CP).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 29-4-2004, deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa para afastar a continuidade delitiva e reduzir a pena do paciente para cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Em 4-12-2009, por decisão monocrática, o Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, proveu, em parte, o recurso da defesa para afastar "a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Cód. Penal e fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal, a saber, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, sem prejuízo da multa já fixada".

Nesta impetração, buscam os impetrantes, em síntese, ver declarada a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com base na pena *in concreto* resultante do julgamento do STJ (dois anos de reclusão), porquanto, da data da publicação do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (25-10-2004) até o julgamento do STJ (4-12-2009) teriam transcorrido mais de quatro anos, lapso suficiente para declarar a extinção da punibilidade ante a prescrição, na forma do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Asseveram, também, que o trânsito em julgado para o Ministério Público ocorreu há muito, porquanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso especial interposto pela defesa para reduzir a pena a dois anos de reclusão foi proferida no dia 4-12-2009 e dela a acusação tomou ciência em 18-12-2009.

Aduzem que a suspensão do prazo para impugnações futuras não se estende à parte resignada, de modo que a decisão a que se refere aqui já se fez imutável para o Ministério Público, a menos que se admita *reformatio in pejus*.

Requerem a concessão da ordem a fim de que seja declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

A medida liminar foi deferida para suspender o andamento do REsp 802.620/SP no Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento definitivo da presente impetração.

Na assentada em que teve início o julgamento deste *writ*, o Relator, Min. Dias Toffoli, votou pela concessão da ordem e o Min. Marco Aurélio inaugurou divergência, por entender que não incidia a prescrição.

Ante a relevância da tese sustentada pelo ilustre Relator, pedi vista dos autos, que agora trago para continuidade de julgamento.

A controvérsia suscitada no início do julgamento que me levou a pedir vista dos autos é, sem dúvida, interessantíssima – mas despicienda para o deslinde da presente demanda, como adiante será verificado. Diz respeito ao alcance da causa interruptiva do lapso prescricional prevista no art. 117, inciso IV, do Código Penal alusiva à "publicação do acórdão condenatório recorrível". Afinal, estaria aí abrangido o acórdão que tão somente reduz a pena?

A matéria é nova na Corte à luz da novel legislação, muito embora apreciada em relação a acórdão confirmatório de condenação proferido antes da vigência da Lei 11.596, de 29 de novembro de 2007 (HC 96.009, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia), quando o Código Penal dispunha como marco interruptivo apenas a "sentença condenatória recorrível".

Aliás, a alteração legislativa visou justamente a explicitar que o acórdão condenatório, ainda que aumente ou diminua a pena, serve como marco de interrupção do prazo prescricional, conforme se verifica na justificação do projeto que culminou na Lei 11.596/2007, *verbis*:

> Sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição, justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição, mais razoável, de que o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe o prazo da prescrição intercorrente.
>
> Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as

possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir da publicação do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.

Entendemos, ademais, que a expressão "publicação" enseja maior segurança jurídica na fixação do marco interruptivo.

Conclamamos nossos ilustres Pares à apreciação da matéria, que, se aprovada, concorrerá para o aperfeiçoamento da legislação penal.

In casu, consta nos autos que o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998, a denúncia foi recebida aos 4-2-1999 e a sentença condenatória publicada em cartório em 3-7-2002. Ainda, em razão de recursos interpostos pela defesa, a pena imposta ao réu foi reduzida em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29-4-2004 e ainda em decisão prolatada aos 4-12-2009 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Fixados esses parâmetros, nota-se que o único óbice declinado pelo STJ para não utilizar a pena *in concreto* no cálculo do prazo prescricional foi a ausência de trânsito em julgado para a acusação à época.

No entanto, segundo informação obtida no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e noticiado à fl. 5 do parecer do MPF, a decisão proferida nos autos do Recurso Especial 802.620/SP, que fixou a pena do paciente em dois anos de reclusão, transitou em julgado para a acusação em 6-9-2011, devendo, pois, o exame da ocorrência da prescrição ser orientado pela pena em concreto aplicada, na forma do art. 110, § 1º, do Código Penal.

Assim, transitado em julgado o decreto condenatório para o Ministério Público, a prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena privativa de liberdade aplicada em concreto, qual seja, dois anos de reclusão, extinguindo-se a punibilidade em quatro anos, a teor do disposto no inciso V do art. 109 do Código Penal.

Na espécie, entre o penúltimo marco interruptivo (o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29-4-2004) até o último marco, qual seja, a decisão do STJ datada de 4-12-2009, transcorreram mais de cinco anos, tempo suficiente para declarar-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Daí por que despiciendo assentar que o acórdão proferido pelo TJ/SP não consubstancia marco interruptivo, porquanto, ainda que assim considerado, tem-se a prescrição *in casu*.

Ademais, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, muito embora desconsiderando como marco interruptivo o acórdão do TJ/SP.

Ex positis, divergindo quanto ao fundamento declinado pelo Ministro Dias Toffoli, acompanho-o na conclusão para conceder a ordem a fim de declarar a extinção da punibilidade ante a prescrição.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência não admite o acórdão?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Não admito o acórdão, eu tenho como marco...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vou acompanhá-lo na fundamentação, porque, no caso, a consideração do acórdão que confirme ou diminua a pena como marco interruptivo da prescrição somente veio à balha com a lei nova. À época em que tínhamos apenas a referência à sentença condenatória recorrível, entendíamos que, sendo absolutória a sentença, mas condenatório o acórdão, haveria a interrupção, por este último. Essa, no entanto, não é a situação concreta. Ocorreu que, à mercê de um recurso da defesa, diminuiu-se, no grau revisional, a pena e a seguir no Superior Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Duas vezes: uma primeira vez no Tribunal local e uma segunda vez no STJ.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): E a segunda vez no Superior Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A regência é pela disciplina anterior. Chegamos ao mesmo resultado quanto à prescrição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): A concessão da ordem e a prescrição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Hoje entendo que a disjuntiva "ou" não leva à alternância: ou se considera a sentença condenatória ou o acórdão. Tenho presente que o acórdão confirmando ou mesmo reduzindo a pena interrompe a prescrição, mas é uma regência nova. Na anterior não, para que houvesse a interrupção pelo acórdão, era preciso que, antes, o acusado tivesse sido absolvido.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas isso é, vamos dizer assim, a doutrina dos casos julgados, essa interpretação. Agora, a lei – só pra acrescentar como Vossa Excelência tem razão –, o legislador, na exposição de motivos, diz exatamente o seguinte:

Note-se bem que a interrupção da prescrição (...)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É uma lei que veio agravar a situação, repercutindo em campo substancial, o da pena. Não a aplico retroativamente.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas olha só a exposição de motivos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): De todo jeito, o resultado é o mesmo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O resultado é o mesmo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): A ordem está sendo concedida, apenas mudando a fundamentação.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Só para sabermos, porque certamente, de agora em diante, vamos julgar coisas da lei em diante, porque ela é de 2007:

> Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O preceito veio à balha ante a morosidade para julgar o recurso.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas essa lei veio com essa finalidade mesmo. Olha o que diz a lei, Ministra Cármen Lúcia: três linhas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas é lei nova. Sem dúvida, o objetivo foi esse. Folgo em saber que comungamos.

O Sr. Ministro Luiz Fux:

> Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada (...)

A política criminal está clara aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não cabe a aplicação retroativa. O crime foi cometido em época na qual o preceito era outro.

O Sr. Ministro Luiz Fux: A política criminal aqui ficou clara.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Mas, neste caso, a prescrição está reconhecida.

EXTRATO DA ATA

HC 109.966/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Impetrantes: Guilherme Octavio Batochio e outros. Paciente: Paulo Afonso Lucas. Coator: Relator do REsp 802.620 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de dezembro de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 202.149 — RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: União — Recorrido: Grupo Editorial Sinos S.A.

Constituição Federal. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível.

Imunidade – "Livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão" – Art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Carta da República – Inteligência. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva.

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 Ministro Marco Aurélio e por maioria, 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 para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Fazenda Nacional interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> 1. *Direito tributário*.
> 2. Desembaraço alfandegário de mercadorias afins à impressão de jornais.
> 3. Imunidade reconhecida em relação aos impostos de importação e sobre produtos industrializados, à vista da moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CR/88, art. 150, inciso VI, alínea *d*).
> Aplicação, ao tema do ICMS, da Súmula n. 6 deste Tribunal.
> 4. Apelação e remessa *ex officio* desprovidas.
> (Fl. 75.)

Sustenta a recorrente que "apenas o insumo básico para a impressão de livros, jornais e periódicos, isto é, o papel de impressão, está abrangido pela imunidade estabelecida no art. 150, VI, *d*, da CRFB, não sendo ela aplicável às peças sobressalentes para equipamentos de preparo e acabamento de chapas de impressão *offset* para jornais" (fl. 81).

Aduz que, "prevalecendo a orientação posta no r. Acórdão recorrido e levando-a as últimas consequências, chegar-se-á à conclusão, equivocada, de que *todos* os produtos necessários à impressão de jornais, livros e periódicos, estariam protegidos pela imunidade constitucional, o que certamente não foi o objetivo do legislador" (fl. 81).

Contra-arrazoado (fls. 84 a 92), o recurso extraordinário (fls. 77 a 82) foi admitido (fl. 94).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos**, pelo provimento do recurso (fls. 88 a 92).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, eu vou simplificar, Vossa Excelência vai se lembrar da questão, porque tem precedente de Vossa Excelência, no Plenário, no RE 174.476. É que estão incluídos na imunidade os insumos nela consumidos, como são os filmes e papéis fotográficos etc.

Aqui, a empresa impetrou mandado de segurança contra ato do inspetor-chefe da alfândega do Aeroporto Salgado Filho, alegando não se exigir o ICMS no Imposto de Importação (IPI), no despacho aduaneiro de peças sobressalentes para equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão *offset*.

Eu estou dizendo que a jurisprudência nossa...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Eu sei, mas temos sustentação da tribuna.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É da União a sustentação. Mas se quiser fazer, quinze minutos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência implementaria um cerceio prazeroso?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Prazeroso. Eu estou conhecendo e provendo. É jurisprudência massacrante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Qual é a situação?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A situação é a seguinte: é um mandado de segurança em que a empresa alegou que tinha direito à isenção do ICMS, que não seria exigível, do Imposto de Importação e do IPI no despacho aduaneiro de peças sobressalentes para equipamento de preparo e acabamento de chapa de impressão *offset* para jornais. Foi dada a liminar, foi concedida a segurança e foi confirmada.

Eu estou conhecendo e provendo porque as peças sobressalentes para equipamento de impressão para jornais não está alcançada pela imunidade

do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, como assentado na nossa jurisprudência.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vênia para assentar o que sempre sustentei no Tribunal, numa interpretação teleológica do disposto no art. 150, VI, *d*.

O objetivo maior da norma é viabilizar, sem ônus maiores, a divulgação de ideias à comunicação. A imunidade conferida a livros, jornais e periódicos apanha todo e qualquer insumo e mesmo ferramenta indispensável à edição desses veículos de comunicação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Qual foi o veículo exatamente, Excelência?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Aqui são chapas.

O Sr. Ministo Menezes Direito (Relator): Isso aqui é o seguinte: são chapas, são peças sobressalentes para equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão *offset* para jornais importado da Alemanha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Para utilização, imagina-se, na publicação de livros, jornais e periódicos.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Nossa jurisprudência diz que esse tipo de operação não está incluído.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que aponto é que a imunidade não diz respeito apenas ao produto final, ao produto acabado; apanha, também, os insumos, o maquinário, indispensáveis à produção dos livros, jornais e periódicos.

Potencializo o objetivo, sob a minha óptica, maior da norma, que é de facilitar a publicação. É um ponto de vista que sustento no Tribunal.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Vossa Excelência, naquele precedente que mencionei – desculpe-me, é só para lembrar –, no início, reconheceu a inclusão da imunidade de filmes e papéis fotográficos, porque são insumos diretos. Os insumos diretos estão absorvidos pela imunidade. Mas, aqui, não é insumo direto. Aqui é uma peça sobressalente para equipamento de acabamento de impressão *offset*. Não há nada. É uma peça sobressalente. Os insumos diretos, papel...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas a serventia dessa peça é exclusivamente para impressão final? Porque, se a serventia for essa, pedirei vênia a Vossa Excelência para acompanhar o Ministro Marco Aurélio.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Já votei, Senhor Presidente, destacando, conhecendo.

Lembrando só o texto da Constituição, no art. 150, VI:

> Art. 150. (...)
> (...)
> VI – instituir impostos sobre:
> (...)
> d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão

Quer dizer, a Suprema Corte já deu uma extensão com relação aos insumos diretos. Daqui a pouco vamos dar também isenção para material que não tem nada a ver com o processo constitucional de papel para impressão que é aquilo que foi determinado tivesse vedação de incidência tributária.

Mantenho o voto na linha dos precedentes do Tribunal. Conheço e provejo.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: O Ministro Marco Aurélio está conferindo uma interpretação finalística, teleológica ao texto, favorecendo uma atividade básica nas modernas democracias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Entendo que essa expressão "e papel" é simplesmente exemplificativa. O objetivo da norma é justamente viabilizar, sem ônus maiores, a publicação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A impressão de livros, jornais e periódicos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas é um ponto de vista!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Também estou achando. É favorecer sobretudo a leitura.

É como dizia Castro Alves:

> Oh! Bendito o que semeia
> Livros... livros à mão cheia...
> E manda o povo pensar!

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Quer dizer, então, que amanhã uma peça do elevador da empresa também vai ser substituída.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não sei, Ministro. Aguardarei o processo respectivo. Julgo segundo as balizas objetivas do recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não. Mas, aqui, essa peça, pelo que estou sentindo, só tem serventia para a impressão de livros, jornais e periódicos. Se a serventia específica da peça é para livros, jornais e periódicos, a meu ver, ela está abrangida pelo conceito da imunidade.

Como eu estava dizendo, Castro Alves dizia:

> Oh! Bendito o que semeia
> Livros... livros à mão cheia...
> E manda o povo pensar!

O livro caindo n'alma
É germe – que faz a palma,
É chuva – que faz o mar.

Ou seja, o espírito da Constituição é esse mesmo, é favorecedor da leitura de livros, jornais e periódicos. Se essa peça sobressalente tem essa específica serventia, isto é, a destinação, o fim, a impressão nessas três dimensões, ela está abrangida pela imunidade. A imunidade deve ser interpretada de modo lato, porque favorecedor exatamente dessa leitura de livros, jornais e periódicos.

Acompanho a dissidência, pedindo vênia ao eminente Relator e ao Ministro Ricardo Lewandowski.

EXTRATO DA ATA

RE 202.149/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: União Federal (Advogado: PFN – Ricardo Luís Lenz Tatsch). Recorrido: Grupo Editorial Sinos S.A. (Advogados: Ben-Hur Torres e outros).

Decisão: Após os votos dos Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento; dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, Presidente, lhe negando provimento, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o voto de desempate da Ministra Cármen Lúcia, ausente, justificadamente. Falou o Dr. Luis Carlos Martins Alves, Procurador da Fazenda Nacional, pela recorrente.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de maio de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Na assentada do dia 13-5-2008, o saudoso Ministro Menezes Direito relatou e proferiu voto dando provimento a este recurso extraordinário, interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual reconhecida imunidade tributária sobre o desembaraço aduaneiro de mercadorias destinadas à impressão de jornais (peças sobressalentes para equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão *offset* para jornais – Elfasol EA 693), tendo em vista o que disposto no art. 150, VI, *d*, da Constituição da República:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> VI – instituir impostos sobre:
> (...)
> d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

2. Asseverou Sua Excelência, com fundamento em precedentes deste Supremo Tribunal (*v.g.*, RE 190.761, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJ* de 12-12-1997), que a imunidade prevista nesse dispositivo constitucional não abrange equipamentos do parque gráfico, uma vez que a Constituição da República teria restringido essa imunidade a insumos diretos utilizados na publicação de livros, jornais e periódicos (materiais assimiláveis ao papel).

3. Naquela ocasião, acompanhou Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski, divergindo do Relator os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, que se manifestaram no sentido de que a imunidade conferida a livros, jornais e periódicos apanharia ainda todo e qualquer insumo e ferramenta indispensáveis à edição desses veículos de comunicação.

4. Estando ausente justificadamente naquela ocasião, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o meu voto de desempate, o qual apresento nesta assentada.

5. Em efeito, conforme realçou o saudoso Ministro Menezes Direito, a matéria sob exame foi apreciada por este Supremo Tribunal em várias oportunidades, tendo-se concluído, em todas elas, pela exclusão de tudo o quanto não seja assimilável ao papel de impressão do alcance da imunidade prevista na alínea *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição da República.

Transcrevo, com o intuito de relembrar os fundamentos prevalecentes na matéria, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence em julgamento paradigmático (RE 190.761), *verbis*:

> O caso me trouxe não poucas vacilações, à vista, de um lado, da força da literalidade, na primeira leitura do dispositivo constitucional em questão – o que faz imune o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos – e, de outro, da razão histórica com que esta imunidade surge na Constituição de 1946. Cuidava-se, então, efetivamente, da réplica do constituinte da democratização à manipulação pelo Governo autoritário do Estado Novo, que vinha de ser derrubado, do chamado "papel de imprensa" importado como forma de controle político da imprensa.
>
> Mas, evidentemente, não se pode, também, ficar indiferente a todas as considerações postas em diversos votos que me precederam no sentido de que, imunidade como esta, que é instrumento de valores eminentes, que são, além da liberdade, os do estímulo à circulação de informações e de cultura, reclamam interpretação compreensiva.
>
> Nesse quadro, animou-me muito afinal a optar, por uma interpretação compreensiva a própria lógica que tem seguido a jurisprudência da Corte, nesta matéria. Assim, por exemplo, quando se assentou que o serviço de publicidade prestado por um jornal estava compreendido na imunidade e aí, a meu ver, ao contrário da interpretação estrita, há de ter sido considerado o peso que a venda de espaço publicitário tem na economia do jornal de hoje: senão, não haveria como justificar que a mesma mensagem publicitária, inserida no jornal, fosse objeto de imunidade, mas não o fosse quando distribuído como volante por um "homem-sanduíche" das ruas centrais de nossas metrópoles.
>
> E se foi mais longe: deu-se prevalência àquele resíduo de informação que possa haver nele para afirmar-se a imunidade do produto de um típico empreendimento publicitário, os guias telefônicos, para também assegurar-lhe a imunidade.

Tudo isso mostra como o Tribunal tem levado aos últimos extremos o sentido teleológico desta cláusula de imunidade.

Não me comprometo, *data vênia*, com o argumento *ad absurdum* de que teríamos que levar a mesma imunidade às máquinas, à tinta, ao IPTU incidente sobre o imóvel onde se imprime o jornal. Respondeu com precisão o Ministro Néri da Silveira: tudo isso acaba influindo na economia do jornal, *mas realmente, onde a Constituição se limitou a referir-se ao "papel destinado a sua impressão", não se pode ler "máquinas, tintas e imóveis". Aí, sim, estaríamos a nos transformar em livres legisladores e livres constituintes*. A tanto não vou. Trata-se, no caso, de papéis destinados à impressão de jornais, tanto que no trabalho de produção do jornal se consomem. A eles reduzo o reconhecimento da imunidade.

(Grifos nossos, *DJ* de 12-12-1997.)

6. À força da interpretação compreensiva dos eminentes Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, que potencializaram a abrangência da imunidade discutida sob o fundamento de tê-lo como um instrumento de estímulo à circulação de informações e de cultura, alinho-me exatamente em homenagem a não apenas ao princípio da liberdade de imprensa – que fica muito mais assegurada segundo estes fundamentos – sem embargo de, no voto do Ministro Menezes Direito, ter ele homenageado o princípio da segurança jurídica.

Entretanto, essas mudanças sobre os insumos foram ao pouco se transformando, verificando exatamente as novas condições para apresentação do que se considera hoje a imprensa e os instrumentos necessários a que os livros e outras publicações possam ser feitas.

7. Pelo exposto, voto no sentido de acompanhar a divergência, **negando provimento ao recurso extraordinário da União**.

EXTRATO DA ATA

RE 202.149/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: União (Advogado: Procurador-Geral da Fazenda Nacional). Recorrido: Grupo Editorial Sinos S.A. (Advogado: Ben-Hur Torres).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão, vencidos os Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski. 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.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 231.924 — PR

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Empresa de Ônibus Nossa Senhora da Penha S.A. — Recorrida: União

Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Ano-calendário de 1992. Opção de cálculo por estimativa. Faculdade vedada para a pessoa jurídica que tenha apresentado prejuízo fiscal no período-base de 1991. Possibilidade de apuração semestral de resultados limitada às pessoas jurídicas que optaram pelo cálculo por estimativa. Art. 86, § 2º, da Lei 8.383/1991, regulamentada pela Portaria 441/1992, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Constitucionalidade.

I – É constitucional o art. 86, § 2º, da Lei 8.383/1991, que afastou a opção de cálculo por estimativa para pagamento do imposto de renda, no ano-calendário de 1992, para as pessoas jurídicas que tenham apresentado prejuízo fiscal no período-base de 1991. O cálculo do imposto por estimativa apoia-se no tributo apurado no período pretérito e, havendo prejuízo fiscal, não haveria parâmetro para a estimativa.

II – A possibilidade de apuração semestral dos resultados conferida apenas às pessoas jurídicas que optaram pelo cálculo por estimativa é válida, porquanto somente elas poderiam respeitar o calendário de pagamento estabelecido na Lei 8.383/1991.

III – Impossibilidade de o Poder Judiciário estender o calendário de recolhimento do imposto estabelecido para as pessoas jurídicas submetidas ao cálculo por estimativa às demais, sob pena de invasão de seara reservada ao Poder Legislativo. Pelo mesmo motivo, é vedada extensão da faculdade estabelecida na Portaria 441/1992 a outras pessoas jurídicas, para permitir-lhes substituir a consolidação dos resultados mensais pela consolidação de resultados semestrais.

IV – Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, dado que a recorrente se encontrava em situação distinta daquela dos contribuintes abrangidos pela Portaria 441/1992.

V – A Portaria 441/1992 não importou em dispensa ou redução de tributo ou na concessão de qualquer benefício, visto que apenas instituiu uma determinada sistemática para a declaração e o cálculo do imposto de renda.

VI – Recurso extraordinário 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 dos julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento ao recurso, contra o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator). Votou o Presidente. Ausentes o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em participação na *U.N. Minimum Rules/World Security University*, em Belágio, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 6 de abril de 2011 — Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 65):

> *Tributário. Imposto de renda pessoa jurídica. Lei 8.383/91.*
> Não se evidencia na Lei 8.383 violação ao princípio da igualdade nem tratamento anti-isonômico, por ter autorizado no § 2º do art. 86 somente às empresas que apuraram lucro a possibilidade de optar pelo critério da estimativa. Trata-se de mera discricionariedade em distinguir as empresas que obtiveram lucro das que apresentaram prejuízo.

No extraordinário de fls. 68 a 80, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a empresa articula a transgressão do art. 150, inciso II, da Carta Política da República. Salienta que "a utilização de critério baseado em período-base passado para o estabelecimento de regras para o recolhimento do imposto de renda de período presente ou futuro consiste em flagrante infringência ao princípio da isonomia, posto que (*sic*) no início do exercício de 1992 todos os contribuintes se encontravam na mesma situação fiscal, o que implicaria ao Fisco Federal despender-lhes igual tratamento tributário" (fl. 71). Insiste a recorrente na inconstitucionalidade do § 2º do art. 86 da Lei 8.383/1991 e da Portaria 441/1992 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que impediram as empresas que não auferiram lucro em 1991 de utilizar o regime de balanços semestrais. Alude a ensinamentos doutrinários e a precedentes jurisprudenciais.

A União apresentou as contrarrazões de fls. 82 e 83, reportando-se aos fundamentos do acórdão recorrido.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 85.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 90 a 93, preconiza o não conhecimento do recurso. Eis a síntese da peça:

Recurso extraordinário – Tributário – Imposto de renda de pessoa jurídica – Lei n. 8.383/91, art. 86 – Portaria n. 441/92, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento – Faculdade de substituição dos balanços mensais por balanços semestrais na declaração de ajuste anual do ano-base de 1992, conferida aos contribuintes optantes do regime de estimativa – Exclusão da parte recorrente, não optante do regime de estimativa por ter apresentado prejuízo no ano-base de 1991 – Alegação de violação ao princípio da isonomia (CF/88, art. 150, II) – Impossibilidade de extensão do benefício fiscal, por importar em inovação do conteúdo da norma, ato de legislação positiva recusada pela jurisprudência do STF – 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. 11 e 69 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, a decisão atacada foi veiculada no Diário de 4 de junho de 1997, quarta-feira (fl. 67), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 13 imediato, sexta-feira (fl. 68).

No caso, o acórdão proferido na origem trata apenas de tema constitucional, dado que conduz a concluir-se pela irrelevância da não interposição do especial. Também não há o prejuízo do extraordinário pela passagem do tempo. A prevalecer a decisão prolatada pela Corte de origem, as consequências dar-se-ão no campo da fiscalização e dos acessórios relativos ao tributo em jogo.

Valho-me da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrita nas razões do extraordinário, para assentar a harmonia do § 2º do art. 86 da Lei 8.383/1991 com a Constituição Federal. O preceito excluiu do sistema de cálculo por estimativa as pessoas jurídicas que, no exercício de 1992, período-base de 1991, apresentaram prejuízo fiscal. Tal distinção se coaduna com a Carta da República. Leciona Celso Antônio que o ponto medular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência, ou não, de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele. Ora, o cálculo do imposto por estimativa baseia-se justamente no tributo apurado no período pretérito. Se a empresa apresentou prejuízo fiscal, resta inviabilizada, sob o ângulo material da concretude, a estimativa, sob pena de se caminhar para o paradoxo, revelando-a zero e, portanto, excluindo o tributo no ano-calendário de 1992. Eis os preceitos envolvidos:

> Art. 86. As pessoas jurídicas de que trata o art. 3º do Decreto-Lei n. 2.354, de 24 de agosto de 1987, deverão pagar o imposto de renda relativo ao período-base encerrado em 31 de dezembro de 1991 e o relativo aos meses dos anos-calendário de 1992 e 1993, da seguinte forma:
>
> I – o do período-base encerrado em 31 de dezembro de 1991:
>
> a) nos meses de janeiro a março, em duodécimos mensais, na forma do referido decreto-lei;

b) nos meses de abril a junho, em quotas mensais, iguais e sucessivas, vencendo-se cada uma no último dia útil dos mesmos meses;

II – o dos meses do ano-calendário de 1992, em nove parcelas mensais e sucessivas, vencíveis, cada uma, no último dia útil a partir do mês de julho, observado o seguinte:

a) em julho de 1992, o referente aos meses de janeiro e fevereiro;

b) em agosto de 1992, o referente aos meses de março e abril;

c) em setembro de 1992, o referente aos meses de maio e junho;

d) em outubro de 1992, o referente ao mês de julho;

e) em novembro de 1992, o referente ao mês de agosto;

f) em dezembro de 1992, o referente ao mês de setembro;

g) em janeiro de 1993, o referente ao mês de outubro;

h) em fevereiro de 1993, o referente ao mês de novembro; e,

i) em março de 1993, o referente ao mês de dezembro.

III – o dos meses do ano-calendário de 1993, em dez parcelas mensais e sucessivas, vencíveis, cada uma, no último dia útil a partir do mês de abril, observado o seguinte:

a) em abril de 1993, o referente aos meses de janeiro e fevereiro;

b) em maio de 1993, o referente aos meses de março e abril;

c) a partir de junho de 1993 até janeiro de 1994, o imposto referente aos respectivos meses imediatamente anteriores.

(...)

§ 2º No ano-calendário de 1992, não poderá optar pelo pagamento do imposto calculado por estimativa a pessoa jurídica que, no exercício de 1992, período-base de 1991, apresentou prejuízo fiscal.

Creio mesmo que a articulação da impetrante, ora recorrente, faz-se para revelar que o passo seguinte implementado mediante a Portaria 441/1992 é que surge inconstitucional. A citada Portaria, no art. 1º, dispõe:

> Art. 1º Fica facultado às pessoas jurídicas enquadradas nos artigos 86 e 87 da Lei n. 8.383, de 1991, que recolherem o Imposto de renda das pessoas jurídicas, a contribuição social sobre o lucro líquido e o imposto de renda incidente na fonte sobre o lucro, calculados por estimativa segundo o disposto nos § 1º a § 3º dos mesmos artigos, substituir, na declaração de ajuste anual relativa ao ano-calendário de 1992, a mensal, de que trata o artigo 43 da referida Lei, por consolidação de resultados semestrais.

Então, sustenta-se a inviabilidade de se consagrar a distinção: aqueles contribuintes que apresentaram lucro e, portanto, já usufruíram do cálculo do tributo por estimativa, passaram a contar com o *plus* da consolidação semestral dos resultados; já aqueles que não se fizeram titulares do direito, por impossibilidade material, do cálculo por estimativa, ficam excluídos da semestralidade, continuando a promover a consolidação dos resultados considerada a unidade de tempo-mês. Aqui, sim, há tratamento discrepante do disposto no inciso II do art. 150 da Constituição Federal, no que vedada a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se achem em situação equivalente. Não é aceitável que aqueles que já venham numa situação menos favorável, sem apresentação de lucro no período imediatamente anterior, não tenham a faculdade de operar

consolidando os resultados por semestre, ficando sujeitos aos aspectos negativos dos resultados mensais.

Surge o óbice apontado no parecer, ou seja, a impossibilidade de se atuar, no Judiciário, no campo da normatividade positiva. Em primeiro lugar, está-se diante de um mandado de segurança, e não de processo objetivo. Há pleito alicerçado na alegação de que a impetrante foi prejudicada pelo teor da portaria, impondo-se-lhe a consolidação mês a mês. O que se argui na inicial é a lesão ao direito que teria a empresa – e estou convencido de que o tem – de merecer tratamento igualitário, sobrepondo-se a Carta da República à portaria em exame. Então, pleiteia-se que se afaste do cenário jurídico, tornando prevalecente a Constituição Federal, a restrição engendrada. Não se trata de legislar de forma positiva, mas de se afastar, julgando-se o mandado de segurança, a restrição, o tratamento discriminatório e que não conta sequer com razoabilidade. Tanto quanto possível, há de se estimular a permanência de contribuintes no mercado e não, a partir de dificuldade por ele enfrentada, agravar, sob o prisma do rigor tributário, tal situação. Cumpre proceder à entrega da prestação jurisdicional e esta é cabível quando em jogo articulação sobre a existência de direito não observado.

Concluo, conhecendo e provendo o extraordinário para, assentando a inconstitucionalidade da cláusula restritiva da Portaria 441, no que afastou a consolidação dos resultados por semestre quanto aos que não tiveram jus ao cálculo por estimativa, conceder a segurança, e o pleito final constante da peça primeira do processo é justamente este – o de se ter como legítima, independentemente do sistema por estimativa, a feitura dos balanços semestrais. É como voto no caso presente.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Vossa Excelência considera constitucional a lei porque há uma impossibilidade, em relação às empresas que tiveram prejuízo no exercício anterior, de fixar uma base para estimativa. Agora, o recolhimento é mensal.

Com relação àqueles que o farão por estimativa, fundados no lucro apurado do exercício anterior, não há dúvida de que a consolidação mensal ou semestral é indiferente ao Fisco. Como se fará o recolhimento mensal, se não existe o que se chamou de "consolidação" a cada mês?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O problema, aqui, diz respeito, como está no art. 1º, ao ajuste anual quanto ao ano-calendário/1992.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não dispensa o recolhimento mensal de nenhuma empresa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Dispõe o preceito: aqueles que gozaram do critério relativo à estimativa poderão ter...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não precisam da base para o recolhimento mensal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não estamos cogitando exatamente de recolhimento, porque pode não haver lucro. É o problema da consolidação de resultados.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, é a base para o recolhimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim, o que está em jogo não é isso, mas a obrigação fiscal de fazer a consolidação mensal em termos de balancete, enquanto os outros ficam livres para fazer semestralmente, com as consequências próprias.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O cálculo do imposto, antecipadamente recolhido a cada mês, não depende desse balanço mensal. Foi o que entendi do processo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Já se sabe qual o valor com base no exercício anterior.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É consequência da constitucionalidade da lei, da razoabilidade do discrímen, que Vossa Excelência reconhece.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Estamos confundindo recolhimento de tributo com o problema – eu diria – da prestação de contas ao Fisco. A tanto equivale a consolidação mensal ou semestral.

Há uma categoria de contribuinte que não está compelida a realizar a consolidação mensalmente, e outra, já sacrificada – considerado o mercado, que é impiedoso, sabemos –, jungida e obrigada a procedê-la.

Se eu tivesse, até no campo de uma sadia política fiscal, que implementar alguma coisa, o faria quanto àqueles que realmente houvessem apresentado lucro, levando em conta o resultado buscado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Continuo sem entender como, não podendo recolher por estimativa baseada no lucro apurado no exercício anterior, aqueles que não puderam optar por este regime de estimativa calculariam e permitiriam o controle do Fisco sobre o recolhimento mensal a que todos indiscriminadamente estão compelidos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Imaginei que pediria vista o professor de Direito Econômico, mas vejo que será o decano.

O Sr. Ministro Eros Grau: Fico com um encargo muito grande e sou estudante, não professor.

EXTRATO DA ATA

RE 231.924/PR — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Empresa de Ônibus Nossa Senhora da Penha S.A. (Advogados: Wilmar Eppinger e outros). Recorrida: União (Advogada: PFN – Dolizete Fátima Michelin).

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo

Lewandowski pela recorrida a Dra. Luciana Gomes Moreira. Presidência da Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 10 de maio de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela *Empresa de Ônibus Nossa Senhora da Penha S.A.*, em face da *União*, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual negou à recorrente – que apurou prejuízo no ano-base de 1991 – o direito de substituir a consolidação de resultados mensais pela consolidação de resultados semestrais, na declaração de ajuste anual para a apuração do imposto de renda de pessoa jurídica, relativa ao ano-base de 1992, facultada pelo § 2º do art. 86 da Lei 8.383/1991, regulamentada pela Portaria 441/1992, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, aos contribuintes que optaram pelo regime de estimativa.

Sustenta a recorrente que, muito embora reconheça a impossibilidade de optar pelo cálculo segundo o regime de estimativa em 1992, por ter apresentado prejuízo no exercício financeiro anterior, sustenta que todos os contribuintes – optantes e não optantes – estariam submetidos às mesmas condições no início daquele ano-base, sendo, pois, iníqua a restrição imposta aos segundos, isto é, aos não optantes, quanto à proibição de apresentarem a consolidação de resultados semestrais.

Acrescenta, ainda, que a própria Lei 8.383/1991 veda o cálculo do imposto por estimativa às pessoas jurídicas que não apresentaram lucro, obrigando-as a proceder aos balanços mensais de resultados.

Aduz, por fim, que a restrição a que está submetida fere o princípio da isonomia em matéria tributária, abrigado no art. 150, II, da Carta Magna, mostrando-se, assim, inconstitucional.

O acórdão recorrido, adotando tese contrária à defendida pela recorrente, apresenta a seguinte ementa:

> Não se evidencia na Lei 8.383 violação ao princípio da igualdade nem tratamento anti-isonômico, por ter autorizado no § 2º do art. 86 somente às empresas que apuraram lucro a possibilidade de optar pelo critério da estimativa. Trata-se de mera discricionariedade em distinguir as empresas que obtiveram lucro das que apresentaram prejuízo.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República João Batista de Almeida opinou pelo não conhecimento do recurso, ante a impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, na sessão de 10-5-2006, conheceu do recurso extraordinário – por tratar-se de mandado de segurança, no qual a recorrente busca exercer direito alegadamente cerceado –, dando-lhe provimento para julgar inconstitucional a restrição imposta pelas normas em comento, consideradas irrazoáveis e discriminatórias.

Em consequência, concedeu a ordem pleiteada no *mandamus* originalmente impetrado para permitir à recorrente, independentemente da opção pelo cálculo do imposto de renda por estimativa, a apuração de resultados mediante balanços semestrais.

Em face das discussões travadas na sessão de julgamento, pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

Passo a votar.

A Lei 8.383/1991 introduziu diversas modificações no tocante à disciplina do imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas. Em relação a estas últimas, dentre outras obrigações, estabeleceu, no art. 38, que elas, a partir de janeiro de 1992, deveriam apurar, mensalmente, o imposto devido, a fim de recolhê-lo no mês subsequente.

Em outras palavras, o citado diploma normativo introduziu o "sistema de bases correntes", segundo o qual as pessoas jurídicas passariam a sujeitar-se ao pagamento do imposto de renda tão logo as receitas fossem auferidas e contabilizadas.

Após a edição da referida Lei, a base de cálculo do IR, além de ser apurada mensalmente, passou a ser também convertida em UFIR, incidindo sobre ela a alíquota do imposto. Estabeleceu-se, ainda, um calendário para a apresentação da declaração de ajuste anual com a consolidação mensal dos resultados.

Segundo informa a Fazenda, em seu memorial, tal sistemática

> foi adotada para todos os contribuintes, tanto os optantes do regime de apuração pelo lucro real (voltado para grandes empresas), como aqueles inseridos na sistemática do lucro presumido (pequenas e médias empresas) ou do lucro arbitrado (enquadráveis na categoria de lucro presumido mas que não fizeram a opção oportunamente).

No tocante às pessoas jurídicas que optaram pelo regime de apuração do lucro real, a Lei 8.383/1991, em seu art. 39, permitiu que recolhessem o imposto calculado por estimativa, tomando por base, em agosto de 1992, o imposto devido no ano anterior, desde que observassem a exigência de apuração mensal dos resultados, estabelecida no art. 43, parágrafo único. De setembro a dezembro de 1992, o imposto seria calculado com base no imposto apurado em 30 de junho de 1992.

Assim, conclui-se que a apuração de lucro em 1991 afigurava-se pressuposto necessário para que o contribuinte pudesse optar pelo regime de estimativa, pois tal resultado serviria de parâmetro para o pagamento do imposto devido de janeiro a agosto de 1992, inclusive.

No ano de 1993, caso se apurasse débito de imposto a maior, a diferença deveria ser recolhida pelo contribuinte; caso se apurasse valor inferior, este seria compensado na declaração de ajuste anual (§ 5º do art. 39).

A mesma Lei, nos arts. 86 e 87, estabeleceu que, em 1992, e também em 1993, até o mês de junho, os recolhimentos se dariam em datas diferenciadas, e não no mês imediatamente subsequente, donde se presume que o legislador desejou permitir aos contribuintes – pessoas jurídicas – que se adequassem gradualmente à nova sistemática.

No § 2º do art. 86, todavia, a Lei 8.383/1991 dispôs, expressamente, que

> no ano-calendário de 1992, não poderá optar pelo pagamento do imposto calculado por estimativa a pessoa jurídica que, no exercício de 1992, período-base de 1991, apresentou prejuízo fiscal.

Essa proibição, como demonstrado acima, encontra explicação na seguinte lógica: se a pessoa jurídica que apurou prejuízo no ano de 1991 pudesse optar pelo cálculo por estimativa, a base de cálculo do imposto de renda, calculado também por estimativa, no ano seguinte seria igual a "zero".

Com efeito, para realizar o cálculo por estimativa, tomam-se "emprestados" os valores apurados no período imediatamente anterior, para o recolhimento no subsequente. Quando, porém, o resultado antecedente é negativo, evidentemente, não haverá, de acordo com tal sistemática, imposto a pagar. Essa impossibilidade de ordem material é, inclusive, reconhecida pela própria recorrente.

O parágrafo único do art. 94 da Lei 8.383/1991, por sua vez, autorizou o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento a expedir ato com o objetivo de

> permitir a substituição da consolidação dos resultados mensais da pessoa jurídica pelo cálculo do imposto mediante levantamento direto do balanço trimestral, semestral ou anual.

Esse dispositivo foi, posteriormente, revogado pela Lei 8.541/1992. Contudo, com base nele foi editada a Portaria 441/1992, cujo art. 1º apresenta a seguinte redação:

> Fica facultado às pessoas jurídicas enquadradas nos arts. 86 e 87 da Lei n. 8.383, de 1991, que recolherem o imposto de renda das pessoas jurídicas, a contribuição social sobre o lucro e o imposto de renda incidente na fonte sobre o lucro líquido, calculados por estimativa segundo o disposto nos § 1º a § 3º dos mesmos artigos, substituir, na declaração de ajuste anual relativa ao ano-calendário de 1992, a consolidação dos resultados mensais, de que trata o art. 43 da referida Lei, por consolidação de resultados semestrais.

Como se vê, a referida Portaria, que constitui o cerne do inconformismo da recorrente, estabeleceu que apenas os contribuintes que optaram pelo regime de estimativa é que teriam a faculdade de consolidar os resultados semestralmente, nos termos da Lei de regência.

Ora, a recorrente estava impedida de optar pelo cálculo por estimativa em 1992, visto que apurou prejuízo no ano anterior e, nessa condição, não teria como recolher o tributo segundo esse regime.

Essa questão não escapou, nas discussões travadas ao longo da sessão de julgamento, ao esclarecido escrutínio do Ministro Sepúlveda Pertence, que assentou, no voto oral que proferiu na ocasião, o quanto segue:

> Com relação àqueles [contribuintes] que o farão por estimativa, fundados no lucro apurado do exercício anterior, não há dúvida de que a consolidação mensal ou semestral é indiferente ao Fisco. Como se fará o recolhimento mensal se não existe o que se chamou de "consolidação" a cada mês?

E, mais adiante, complementou:

> Continuo sem entender como, não podendo recolher por estimativa baseada no lucro apurado no exercício anterior, aqueles que não puderam optar por este regime de estimativa calculariam e permitiriam o controle do Fisco sobre o recolhimento mensal a que todos indiscriminadamente estão compelidos.

Não procede, destarte, o argumento da recorrente, segundo o qual todos os contribuintes encontravam-se na mesma situação no início de 1992, razão pela qual, segundo ela, seria inconstitucional o discrímen estabelecido na Portaria 441/1992, por afronta ao princípio da isonomia.

Sim, porque o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, ao editar o ato impugnado, atuou dentro da margem de discricionariedade que a Lei lhe conferia.

Ademais, da análise sistemática das normas aqui contestadas, é possível concluir que o parágrafo único do art. 94 da Lei 8.383/1991, que autorizou o Ministro responsável pela área a dispor, mediante um juízo de conveniência e oportunidade, sobre a substituição da consolidação mensal dos resultados pelo balanço trimestral, semestral ou anual, teve como escopo, tão somente, permitir que os contribuintes pudessem lograr uma melhor adaptação à nova disciplina fiscal, simplificando e desburocratizando os procedimentos até então vigentes.

Surge, então, a seguinte indagação: porque o Ministro, ao editar a referida Portaria, limitou a faculdade de apresentação de balanços mais dilatados no tempo apenas aos contribuintes que optaram pelo cálculo por estimativa? A resposta, a meu ver, encontra-se na própria Lei 8.383/1991.

De fato, com relação aos anos-base de 1992 e 1993, a Lei 8.383/1991 estipulou um calendário diferenciado, com caráter transitório, para o recolhimento do imposto, de modo a permitir, como já assinalado, uma melhor adaptação dos contribuintes à nova sistemática.

Para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, o inciso II do art. 86 da Lei em tela estabeleceu que o pagamento do imposto relativo ao ano-calendário de 1992 dar-se-ia em nove parcelas mensais e sucessivas, a partir do mês de julho do mesmo ano, da seguinte maneira:

a) em julho de 1992, o referente aos meses de janeiro e fevereiro;
b) em agosto de 1992, o referente aos meses de março e abril;
c) em setembro de 1992, o referente aos meses de maio e junho;
d) em outubro de 1992, o referente ao mês de julho;
e) em novembro de 1992, o referente ao mês de agosto;
f) em dezembro de 1992, o referente ao mês de setembro;
g) em janeiro de 1993, o referente ao mês de outubro;
h) em fevereiro de 1993, o referente ao mês de novembro; e,
i) em março de 1993, o referente ao mês de dezembro.

Já no tocante às empresas que optaram pelo cálculo por estimativa, o § 2º do art. 86 da Lei 8.383/1991 adotou a seguinte forma de pagamento do imposto referente ao ano-calendário de 1992:

a) nos meses de julho, agosto e setembro de 1992, no último dia útil de cada um, dois duodécimos do imposto e adicional apurados no balanço anual levantado em 31 de dezembro de 1991;
b) nos meses de outubro de 1992 a março de 1993, no último dia útil de cada um, um sexto do imposto e adicional apurados em balanço ou balancete semestral levantado em 30 de junho de 1992.

Vê-se, pois, que o calendário estabelecido na Lei 8.383/1991 para o pagamento do imposto permitia que as pessoas jurídicas que optaram pelo cálculo por estimativa no ano de 1992 procedessem à apuração semestral dos resultados.

É que, nos meses de julho a setembro de 1992, o cálculo seria baseado no resultado do ano anterior, e de outubro de 1992 a março de 1993, a base seria o valor apurado no primeiro semestre de 1992.

Já quanto às empresas que não optaram pelo cálculo por estimativa – caso da recorrente – o recolhimento do imposto, a partir de julho de 1992, deveria levar em conta as apurações mensais do ano em curso.

Em outubro de 1992, o recolhimento corresponderia ao valor referente ao mês de julho do mesmo ano; em novembro, ao referente ao mês de agosto; em dezembro, ao referente ao mês de setembro, e assim sucessivamente.

Neste ponto, cumpre assinalar um dado de importância crucial para o deslinde da questão, qual seja, a impossibilidade material do pedido da recorrente, pois, caso se permitisse aos contribuintes que não optaram pelo cálculo por estimativa a apuração semestral dos resultados, não haveria como calcular o imposto a partir de outubro de 1992, visto que o mês de julho não está incluído na demonstração semestral, que se encerra em junho.

Conclui-se, portanto, que agiu corretamente o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento ao restringir a possibilidade de apuração semestral dos resultados apenas às pessoas jurídicas que optaram pelo cálculo por estimativa, porquanto somente elas poderiam respeitar o calendário de pagamento do imposto estabelecido na Lei 8.383/1991.

Se, porventura, fosse permitido à recorrente a consolidação semestral, não teria ela como cumprir o cronograma legal de pagamento por manifesta impossibilidade de calcular-se o imposto devido.

Além disso, cumpre assentar que não poderia o Poder Judiciário, *venia concessa*, estender o calendário de recolhimento do imposto estabelecido para as pessoas jurídicas submetidas ao cálculo por estimativa às demais, pois tal significaria invadir seara reservada ao Poder Legislativo.

O mesmo raciocínio aplica-se à impossibilidade de extensão da faculdade estabelecida na Portaria 441/1992 a outras pessoas jurídicas, para permitir-lhes substituir a consolidação dos resultados mensais pela de consolidação de resultados semestrais. Também nesse aspecto o Judiciário atuaria como legislador positivo, competência que não lhe foi deferida pela ordem constitucional.

Registro que o Supremo Tribunal Federal tem diversas decisões nesse sentido[1]. A título de exemplo, cito trecho da ementa do acórdão proferido no MS 22.690/CE, Rel. Min. Celso de Mello:

> Não cabe ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (*RTJ* 126/48 – *RTJ* 143/57 – *RTJ* 146/461-462 – *RTJ* 153/765, *v.g.*), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Quanto à alegada ofensa ao princípio da isonomia, trago à colação a sempre lembrada definição de Aristóteles, para quem a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

De fato, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei deve ser interpretado no sentido que lhe empresta o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, o de desigualar situações díspares, conferindo-lhes tratamentos correspondentes à diversidade que encerram[2].

Acerca do tema leciona o referido mestre[3]:

---

[1] Entre outros: ADI 2.554-AgR/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário; ADI 1.775/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário; ADI 1.851-MC/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário; ADI 1.822/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário; RE 493.234-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma; RE 196.590/AL, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma; AI 546.006-AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma; RE 309.381-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma; RE 200.844-AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compostura Jurídica do Princípio de Igualdade. In *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 21-28.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 24.

> se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir "correlação lógica" entre o fator de discrímen tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

Cito, também, a propósito, as palavras de J. J. Gomes Canotilho[4] sobre o tema:

> o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica: a) não se basear num fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Partindo-se de tais ensinamentos, pode-se concluir que não é qualquer discriminação que atenta contra o princípio da igualdade, mas somente aquela da qual resulte violação de direitos[5].

Não é o caso, todavia, da restrição sob exame.

A recorrente, como explicitado acima, não se encontrava na mesma situação dos contribuintes abrangidos pela Portaria 441/1992, eis que estava impossibilitada de optar pelo cálculo do imposto por estimativa, situação que ela própria reconhece. Por isso não há falar, *data maxima venia*, em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia.

Ademais, como bem registrou a Fazenda,

> a vicejar a argumentação posta, a consequência da decretação da inconstitucionalidade da Portaria 441 seria a imposição da sistemática das demonstrações mensais a todos os contribuintes, sem exceção, jamais a extensão da autorização das consolidações semestrais a categorias de contribuintes não contemplados no regramento.

Vale ressaltar, de resto, que a referida Portaria não importou em dispensa ou redução de tributo ou na concessão de qualquer benefício, mas apenas instituiu uma determinada sistemática para a declaração e o cálculo do imposto de renda, não cabendo, aqui, discutir qual a forma de consolidação de resultados mais benéfica ou conveniente aos contribuintes.

Assento, por fim, que o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, ao baixar a Portaria 441/1992, agiu estritamente dentro da legalidade, ante a existência de expressa autorização legal para a prática do ato.

Por essas razões, e com as vênias de estilo, divirjo do eminente Relator, conhecendo do recurso extraordinário, negando-lhe, todavia, provimento.

---

[4] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 577.

[5] SILVA JR., Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 10, n. 38, jan./mar. 2002. p. 178.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, aguardo a vista da Ministra Ellen Gracie. Iria explicitar meu voto, no que distingo as duas figuras: o contribuinte, que recolhe por estimativa, e a figura do contribuinte, que, não podendo recolher por estimativa – porque a estimativa levaria em conta o lucro do exercício anterior, e no exercício anterior haveria o prejuízo –, ficaria sujeito, além dessa perda, ao recolhimento mensal, enquanto os demais recolhem por estimativa e ficam sujeitos à periodicidade revelada pelo semestre.

Essa distinção, a meu ver, não se coaduna com a proibição de se implementar tratamento diferenciado relativamente a contribuintes em idêntica situação.

PEDIDO DE VISTA

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, se os Colegas que me antecedem não tiverem objeção, eu gostaria de pedir vista.

EXTRATO DA ATA

RE 231.924/PR — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Empresa de Ônibus Nossa Senhora da Penha S.A. (Advogados: Wilmar Eppinger e outros). Recorrida: União (Advogada: PFN – Dolizete Fátima Michelin).

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Presidência do Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 23 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário em que a recorrente aponta violação à garantia constitucional da isonomia tributária, prevista no art. 150, II, da Constituição. A questão envolve o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. A Portaria MF 441/1992 permitiu, apenas às empresas que puderam proceder a recolhimentos mensais por estimativa no ano-calendário de 1992, a substituição da consolidação dos resultados mensais pela consolidação de resultados semestrais na respectiva declaração de ajuste. A recorrente, por ter apurado prejuízo no ano-calendário de 1991, não pôde fazer recolhimentos por estimativa no ano-calendário de 1992 e, por consequência, deveria ter apresentado sua declaração anual com a consolidação dos resultados mensais. Contudo,

entende que a diferença de tratamento quanto à consolidação de resultados é inconstitucional.

2. O Ministro Relator Marco Aurélio votou para dar provimento ao recurso, afirmando que: "Não é aceitável que aqueles que já venham numa situação menos favorável, sem apresentação de lucro no período imediatamente anterior, não tenham a faculdade de operar consolidando os resultados por semestre". O Ministro Ricardo Lewandowski, trilhando caminho diametralmente oposto, negou provimento, destacando que o pedido da recorrente é materialmente impossível, pois a consolidação semestral não permite a verificação do valor mensal devido, baseado no resultado mensal do próprio ano em curso.

Pedi vista e ora devolvo o feito à discussão para que prossiga o julgamento.

3. Como estamos em face de questionamento atinente à isonomia tributária, vale estabelecer algumas premissas.

É preciso ter em conta, desde já, que o princípio da igualdade tributária, assim como os demais, não tem caráter absoluto. Impõe a isonomia, mas admite ponderação com outros princípios, fins e valores também consagrados constitucionalmente, dado que ao legislador – e também ao intérprete e aplicador do ordenamento – cabe dar atenção à Constituição como um todo.

Considerando que ao legislador cabe promover a tributação com respeito à isonomia, importa verificar não apenas se há tratamento diferenciado e se houve arbitrariedade que revele desigualdade manifesta e sem sentido, mas se eventual desigualdade por critério não arbitrário se justifica no caso concreto, ou seja, se encontra suporte constitucional o sacrifício da igualdade em prol de outro princípio, fim ou valor no caso concreto, considerada a proporcionalidade.

Efetivamente, constatado o tratamento diferenciado entre contribuintes, importa analisar a necessidade e a adequação da norma, bem como a sua proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a promoção do fim colimado justifica a restrição ao tratamento isonômico.

4. Vejamos o caso concreto. A Lei 8.383/1991 estabeleceu, em seu art. 38, que, a partir do mês de janeiro de 1992, o imposto de renda das pessoas jurídicas seria devido mensalmente, à medida que os lucros fossem auferidos, deixando inequívoco, ainda, no § 1º do mesmo artigo, que os contribuintes passariam a apurar, mensalmente, a base de cálculo e o imposto devido.

Permitiu, contudo, em seus arts. 39 e 86 (este com normas transitórias para os primeiros exercícios), recolhimentos mensais por estimativa que, no primeiro semestre de ano-calendário de 1992, seriam equivalentes a duodécimos do imposto apurado no balanço levantado em dezembro do ano anterior e, no segundo semestre, seriam equivalentes a um sexto do apurado no balanço levantado ao final de junho. As empresas que haviam apurado prejuízo em 1991 não puderam valer-se de tal prerrogativa, dada a vedação expressa constante do § 2º do art. 86.

O art. 43 determinou que as pessoas jurídicas deveriam apresentar, em cada ano, declaração de ajuste anual consolidando os resultados mensais auferidos

nos meses de janeiro a dezembro do ano anterior. O parágrafo único do art. 94 da Lei 8.383/1991, por sua vez, autorizou o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento a permitir a substituição da consolidação dos resultados mensais da pessoa jurídica pelo cálculo do imposto mediante levantamento direto do balanço trimestral, semestral ou anual. Com suporte em tal dispositivo, foi editada a Portaria MF 441/1992, cujo art. 1º facultou às pessoas jurídicas enquadradas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.383/1991 substituir, na declaração de ajuste anual relativa ao ano-calendário de 1992, a consolidação dos resultados mensais, de que tratava o art. 43 da mesma lei, pela consolidação de resultados semestrais.

A recorrente, que teve prejuízo no ano-calendário de 1991, não discute a vedação do recolhimento por estimativa, considerando, inclusive, compreensível tal distinção de tratamento em particular, dado que o balanço com prejuízo inviabilizava o cálculo estimativo. Mas se insurge, isto sim, contra o critério condicionante utilizado – regime de estimativa – para a opção pela consolidação de balanços semestrais.

Entende a recorrente que o fato de ter de recolher o imposto mediante apuração mensal do lucro não justifica a necessidade de consolidação dos resultados mensais, devendo-lhe ser assegurada a opção pela consolidação dos resultados semestrais.

5. A questão trazida remete ao plano das "obrigações tributárias acessórias", que, como se sabe, são aquelas estabelecidas em razão da tributação, mas sem conteúdo pecuniário. Também chamadas de "deveres formais", consubstanciam obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar.

Tais obrigações estão fundadas no dever de colaboração com o Fisco, que configura um *minus* relativamente ao dever fundamental de pagar tributo. Se o legislador pode instituir tributos, impondo às pessoas que vertam parte de seus recursos privados para os cofres públicos, por certo que também pode impor-lhes obrigações menos onerosas, de cunho formal, que cumpram uma função instrumental para o exercício da tributação. Isso é inerente à própria competência tributária, encontrando fundamento, ainda, no princípio da eficiência e no princípio da praticabilidade da tributação.

Entre as obrigações acessórias mais importantes, estão as de prestar declarações ao Fisco. No âmbito do Imposto de Renda, destacam-se a Declaração de Rendimentos do Imposto de Renda da Pessoa Física e a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, bem como a de Imposto de Renda Retido na Fonte.

Tais obrigações acessórias visam viabilizar ou simplesmente facilitar o exercício da tributação, em particular a atividade da administração tributária de fiscalização da satisfação, pelos contribuintes, das suas obrigações principais. O cumprimento das obrigações acessórias dá instrumentos ao Fisco para o cotejo das informações com os pagamentos efetuados.

6. A análise da isonomia, tratando-se de obrigações acessórias, não é feita mediante comparação entre os grupos de contribuintes pelo critério da

capacidade contributiva. A comparação entre os tratamentos dispensados aos diferentes grupos de contribuintes quanto às suas obrigações acessórias depende da verificação da pertinência e da adequação das informações solicitadas aos elementos de que dispunham e às obrigações principais objeto de fiscalização.

Estamos cuidando de pessoas jurídicas sujeitas ao imposto de renda pelo regime do lucro real, em que a base de cálculo era o lucro que a empresa efetivamente obteve ao longo do ano civil. Contudo, embora o fato gerador complexo fosse considerado anualmente, aperfeiçoando-se ao final do período, a legislação impôs pagamentos mensais, os quais podiam ser feitos por estimativa com base em resultados anteriores ou já mediante apuração mensal do lucro, sem prejuízo, em ambos os sistemas, do ajuste anual. Havia, pois, obrigações mensais a cumprir a título de antecipação e a obrigação anual propriamente, mediante apuração do lucro real anual. Sua fiscalização, pois, exigia conhecimento dos dados parciais e anual.

Importa ter em conta, conforme já referido, que as empresas que haviam tido lucro no ano-calendário de 1991 puderam proceder a recolhimentos mensais do imposto de renda por estimativa em 1992 tendo como referência, inicialmente, duodécimos do imposto apurado no balanço anual de 1991, e, em seguida, sextos do imposto apurado no balanço do primeiro semestre de 1992. Tais recolhimentos, pois, não dependiam da apuração dos resultados mensais de próprio ano-calendário de 1992.

Já as empresas que tiveram prejuízo no ano-calendário de 1991, tiveram de realizar recolhimentos mensais, durante o ano-calendário de 1992, conforme o lucro efetivamente apurado nos meses do próprio ano em curso. O acerto dos pagamentos dependia, pois, da efetiva apuração mensal do lucro.

Vê-se que a consolidação dos resultados semestrais e sua informação à administração tributária era suficiente para a verificação da exatidão dos pagamentos efetuados pelas empresas sujeitas aos pagamentos mensais por estimativa. Quanto às que tiveram de recolher conforme o lucro mensal, tal verificação dependia da disponibilidade de dados relativos a cada mês do ano separadamente.

Daí a pertinência da atribuição de tratamento diferenciado, que, longe de ser discriminatório, configurou simples adequação das obrigações acessórias às obrigações principais cuja fiscalização se procurou viabilizar.

Só era viável simplificar as obrigações acessórias dos contribuintes cujos pagamentos antecipados não exigiam a demonstração dos resultados mensais. A mesma simplificação, quanto aos demais, teria o efeito de comprometer o exercício da fiscalização.

7. Há diferença de tratamento no caso concreto, mas para contribuintes em situações distintas. Não há sequer tratamento discriminatório de situações que possam ser consideradas equivalentes.

Embora os dois grupos de empresas recolhessem o imposto de renda anual pelo lucro real, os recolhimentos mensais seguiam critérios distintos, ora por

estimativa, ora por apuração mensal do lucro. O acerto dos pagamentos mensais dependia de apurações distintas, e sua verificação, das análises de informações correspondentes aos mesmos pagamentos.

Não houve qualquer arbitrariedade, tampouco exigência desnecessária, inadequada ou desmesurada, não implicando ônus que não se justifique pelo próprio dever de colaboração e pela necessidade da administração de promover a fiscalização quanto ao exato cumprimento das obrigações principais por todos os contribuintes.

Inexiste, pois, inconstitucionalidade a ser reconhecida.

8. Ante todo o exposto, voto com a divergência para **desprover** o recurso.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, apenas duas palavras para rememorar o caso.

Tem-se matérias diversas neste recurso. A primeira diz respeito ao sistema de cálculo, por estimativa, do imposto. E então, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltei que o fator de discriminação – que é a inexistência do lucro, no ano anterior, que serviria à estimativa – é harmônico com a Constituição Federal. Apenas vislumbrei a procedência do inconformismo da contribuinte quanto ao segundo tema. Este é o regime de consolidação, no que essas empresas, que já não gozam do sistema por estimativa, estariam fora da consolidação semestral, ou seja, estariam submetidas à consolidação, para saber-se o imposto devido, mês a mês, enquanto as demais teriam o cálculo por estimativa e, também, a consolidação periódica, projetada no tempo, semestral.

Daí ter concluído o voto no sentido do provimento do recurso para:

> (...) assentando a inconstitucionalidade da cláusula restritiva da Portaria 441, no que afastou a consolidação dos resultados por semestre quanto aos que não tiveram jus ao cálculo por estimativa, conceder a segurança, e o pleito final constante da peça primeira do processo é justamente este – o de se ter como legítima, independentemente do sistema por estimativa, [esse fica excluído] a feitura dos balanços [não mensais, porque aí o ônus tributário passa a ser maior para a pessoa jurídica, mas a feitura dos balanços] semestrais.

Estabeleceu distinção que não é socialmente aceitável e que contraria a regra da Carta da República segundo a qual não cabe o tratamento discrepante, diferenciado, no tocante a contribuintes que se encontrem em situação equivalente. A inexistência de lucro no exercício anterior é, no caso, neutra.

Estou convencido de que, nessa parte, a regência, compelindo, repito, essas empresas – que já não apresentaram lucro e, portanto, encontram-se em situação um tanto quanto ambígua quanto à saúde financeira – no sentido de procederem à consolidação mês a mês, enquanto as demais têm o duplo benefício: o benefício

do cálculo por estimativa e a consolidação semestral, não passa imune pela Constituição Federal.

Por isso, peço vênia ao Ministro Ricardo Lewandowski, em primeiro lugar, e agora, nesta assentada, à Ministra Ellen Gracie, para manter o voto proferido.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, apenas acrescento algumas palavras, diante das ponderações do Ministro Marco Aurélio. A impedirmos essa consolidação mensal dos resultados, dos eventuais lucros daqueles que não os tiveram, daqueles que tiveram prejuízo no exercício anterior, estaríamos concedendo uma moratória de seis meses a esses contribuintes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Uma sobrevida pelo menos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Se eles forem esperar seis meses de lucro para poder consolidar, como é que vão fazer o pagamento, o recolhimento imediato – que foi a mudança do sistema – do mês de janeiro, do mês de fevereiro, do mês de março? Aí é que se situa a minha divergência do eminente Relator.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente esse ponto, agora salientado pela eminente Ministra Ellen, eu assentei em meu voto.

Estou dizendo, num trecho curtíssimo – não vou relê-lo, dada a nossa pauta muito extensa – de meu voto, que afigurava-se de "importância crucial para o deslinde da questão, qual seja, a impossibilidade material do pedido da recorrente, pois, caso se permitisse aos contribuintes que não optaram pelo cálculo por estimativa a apuração semestral dos resultados, não haveria como calcular o imposto a partir de outubro de 1992, visto que o mês de julho não está incluído na demonstração semestral, que se encerra em junho".

Portanto, nós daríamos, conforme disse a Ministra Ellen Gracie, uma verdadeira moratória às empresas colocadas nesta situação.

Eu concluo também, como fez a Ministra Ellen Gracie, que:

(...) a referida Portaria [atacada neste recurso] não importou em dispensa ou redução de tributo ou na concessão de qualquer benefício, mas apenas instituiu uma determinada sistemática para a declaração e o cálculo do imposto de renda, não cabendo, aqui, discutir qual a forma de consolidação de resultados mais benéfica ou conveniente aos contribuintes.

Inclusive, ao longo de meu voto, estou dizendo que não caberia essa tarefa ao Judiciário, que estaria inclusive agindo com legislador positivo.

Então, reitero meu voto, pedindo vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, com esses esclarecimentos que agora foram prestados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sinto-me habilitado a julgar, até invocando passagens constantes de Vossa Excelência sobre o princípio da isonomia, no sentido genérico, que é exatamente o tratamento igual para os iguais, na medida em que se igualam, e o tratamento desigual para os desiguais, na medida em que se desigualam.

Então, aqui, parece-nos realmente claro que esse critério eleito pela lei é o correto, à luz do princípio da Justiça Tributária, da capacidade contributiva, porque, se há prejuízo, não há nem base de cálculo para se poder chegar ao *quantum* devido. E, *a fortiori***,** também não há possibilidade dessa consolidação diante do prejuízo, dessa consolidação semestral.

Faço umas anotações aqui, à luz do princípio da isonomia, mas não gostaria de ser repetitivo. Apenas acrescento que essa vedação, em relação às empresas, decorre da própria situação fiscal, uma vez que, sem o resultado positivo, sem a existência de lucro, não há base de cálculo para que se possa proceder, por estimativa, ao cálculo do valor do imposto de renda. Quer dizer, será uma base zero que não resultará em nenhum *quantum debeatur.*

Por essas razões, pedindo vênia aos que divergiram, acompanho o voto da Ministra Ellen Gracie.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, também, peço vênia ao eminente Relator, mas acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, por não vislumbrar nenhuma afronta ao princípio da isonomia.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a exemplo do que votei no RE 405.579, entendo que a aplicação de um regime de apuração e de recolhimento de tributos previstos em uma lei para uma categoria de contribuintes que não foi contemplada pela lei específica redunda em legislar. E nós não temos essa atribuição, a meu ver. Foi esse o sentido de meu voto no RE 405.579, que, aliás, foi acolhido, por maioria bem apertada, por este Plenário.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Lewandowski e nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, tenho a impressão de que também procurei as razões do discrímen e me ficou claro que, no voto da Ministra Ellen, essas razões estão explicitadas.

Senhor Presidente, não me impressiono com essa história de legislador positivo, legislador negativo, até porque me parece que é uma imposição do sistema – uma banalização de algo que não tem nenhum significado – de tratar desiguais desigualmente e iguais igualmente. O resto é consequência, como diria o Conselheiro Acácio. Então, se for o caso de se fazer a equiparação, temos que fazê-lo. Se, de fato, não houvesse razão substancial para o discrímen, tal como apontou a Ministra Ellen Gracie no seu voto, certamente deveríamos declarar a inconstitucionalidade da norma.

Na verdade, essa história de legislador negativo e legislador positivo, Presidente, só para rememorar, remonta a uma velhíssima lição de Kelsen, que não estava preocupado nem com essa questão específica. Kelsen estava preocupado com o papel da corte constitucional, com a legitimação da corte constitucional no sistema jurídico-político. Então, o que Kelsen imaginava? Como ele dizia que a jurisdição constitucional cumpriria uma função eminente, inclusive de cassar a lei para o futuro, ele dizia: "Essa é uma função que se assemelha à do legislador". Usava inclusive a expressão que não era a declaração de nulidade, porque para ele não cabia falar em nulidade. Kelsen até fazia uma ironia em torno disso, dizendo: "Falar que uma lei é nula é como mandar que alguém faça algo ontem". E ele dizia: "Isso é impossível", na sua concepção. Então, ele trabalhava com esse conceito – tanto é que a expressão em alemão que se usava na fórmula austríaca é A*ufhebung*, no sentido de suspensão, de cassação. Era essa a ideia de legitimação da jurisdição constitucional, dizendo o seguinte: "Não vai haver uma revolução; trata-se apenas de suspender para o futuro". E, claro, isso correspondia também ao modelo do Estado liberal que produzia tão somente, ou em geral, leis de caráter interventivo no âmbito dos direitos e garantias. Quando havia uma intervenção era com esse efeito meramente cassatório.

Quando trabalhamos hoje, especialmente em relação ao princípio da isonomia, temos muitas vezes esse tipo de situação. Se se concede uma vantagem a um determinado grupo e não a outrem, como ocorre, por exemplo, nos tratamentos fiscais beneficiados, depois de algum tempo, vimos isso no caso citado aqui, muitas vezes não há outra solução para cumprimento da Constituição senão a sentença de perfil aditivo, senão atuar, como se diz impropriamente, como legislador negativo. Por quê? Porque não há outra alternativa.

Imagine que o legislador conceda um benefício a um determinado grupamento de empresas e não conceda a outro grupo que está na mesma situação. Depois de cinco, dez anos, é claro que isso reflete na igualdade concorrencial. E como se faz a aplicação do princípio da isonomia aqui senão mediante a equiparação? A outorga daquela vantagem concedida a um determinado grupo a outrem. São os casos dessas vantagens tributárias que muitas vezes são outorgadas e, às vezes, podem ser outorgadas indevidamente.

De modo que, a mim me basta, aqui, o fato de não haver um discrímen arbitrário, essa é a questão básica. Há uma razão para que a portaria não tenha estendido a vantagem ou a faculdade que se deu às empresas superavitárias em

relação àquelas deficitárias. Ela está presente, não é? Isso ficou demonstrado. Então, me parece que isto é bastante.

Eu queria chamar a atenção para esse mantra do legislador negativo, toda hora falamos nisso e rompemos com isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Se Vossa Excelência me permite, eu acho até uma contradição: jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Jurisdizer não é juriscriar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não. Mas, evidentemente, quando aludimos a esta expressão "legislador positivo", neste caso concreto, claro que não estávamos fazendo na acepção, na velha acepção *kelseniana* da expressão ou da palavra.

Aqui, conforme disse muito bem a Ministra Ellen Gracie, se acolhêssemos o pleito do recorrente, estaríamos instituindo uma moratória. É por isso que fiz alusão a esta expressão, quer dizer, estaríamos nos substituindo ao Ministro da Fazenda que tem o poder regulamentar, derivado da Constituição e da legislação em vigor para estabelecer a sistemática de cálculo, exatamente nas lacunas da legislação aplicável à espécie.

Foi nesse sentido que usei a expressão. Evidentemente, não a usei no sentido que usava Kelsen no começo do século passado, é claro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, mas só quero dizer que a questão, se de fato houvesse o discrímen arbitrário, a mim me parece que seria imperativa a adoção de uma decisão de caráter aditivo. Exatamente é nesse ponto que temos a divergência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas aí nós teríamos, como Vossa Excelência falou, uma *aufhebung*, uma suspensão dessa desigualdade indevida.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Está bem colocado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É isso que estou querendo dizer. Se, de fato, constatássemos o discrímen, teríamos que, impositivamente, em razão do princípio da isonomia, fazer a aplicação.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É. Perfeito.

Então Vossa Excelência conhece do recurso extraordinário, mas o desprovê, na linha do voto dos demais Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio, Relator.

Proclamo o resultado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sem o acréscimo do legislador negativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Sem o acréscimo do legislador negativo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O meu com o acréscimo do legislador negativo. Em meu voto vai o que eu bem entender.

EXTRATO DA ATA

RE 231.924/PR — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Empresa de Ônibus Nossa Senhora da Penha S.A. (Advogados: Wilmar Eppinger e outros). Recorrida: União (Advogado: Procurador-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, contra o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator). Votou o Presidente. Lavrará o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em participação na *U. N. Minimum Rules/World Security University*, em Belágio, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). 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, 6 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.808 — PR

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S.A. — Recorrida: União

Sigilo de dados – Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sigilo de dados bancários – Receita Federal. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 15 de dezembro de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante os fundamentos assim sintetizados (fl. 147):

> *Tributário. Repasse de dados relativos* à *CPMF para fins de fiscalização de imposto de renda. Sigilo bancário*.
>
> O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, a *priori,* os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII, da CF/1988, conforme entendimento sedimentado no Tribunal.
>
> No plano infraconstitucional, a legislação prevê o repasse de informações relativas a operações bancárias pela instituição financeira à autoridade fazendária, bem como a possibilidade de utilização dessas informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a imposto e contribuições e para lançamento do crédito tributário porventura existente (Lei 8.021/1990, Lei 9.311/1996, Lei 10.174/2001, Lei Complementar 105/2001).
>
> As disposições da Lei 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos

não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas. Apelação desprovida.

No recurso extraordinário de fls. 161 a 179, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a GVA Indústria e Comércio S.A. articula com a transgressão aos incisos X e XII do art. 5º da Carta da República e alude à jurisprudência das últimas décadas, em sentido contrário à posição adotada no acórdão impugnado. Assevera que a "inviolabilidade das garantias individuais constitucionalmente asseguradas constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas" (fl. 166). Sustenta que, apesar de tais garantias, até mesmo as relativas à intimidade e ao sigilo de dados, não serem absolutas, o afastamento destas, em situações excepcionais, não prescinde de autorização judicial. Nesse passo, salienta que "não se apresenta possível e legítima a outorga de poder a qualquer órgão estatal da República, para que passe a desempenhar atribuição exclusiva do Poder Judiciário, sob pena, inclusive, de violação aos princípios do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da independência e autonomia dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional" (fl. 169).

A União, nas contrarrazões de fls. 182 a 205, discorre sobre a harmonia da Lei 10.174/2001 com a Constituição Federal.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 207.

Em 5 de julho de 2003, deferi a liminar postulada na AC 33-5. O inteiro teor do ato é o seguinte (fls. 212 e 213):

Jurisdição – Poder de cautela. Recurso extraordinário. Eficácia suspensiva – Liminar – Sigilo de dados bancários – Afastamento – Risco – Art. 6º da Lei Complementar 105/2001 – Arts. 4º e 5º do Decreto 3.724/2001 – Constitucionalidade declarada – Ação cautelar – Liminar deferida.

1. Esta ação cautelar visa a imprimir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto e distribuído – RE 389.808. Chega a esta Corte o tema relativo à quebra do sigilo bancário pelo Fisco, a merecer reflexão maior ante o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, no que revela como regra a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, contemplando exceção condicionada a ordem judicial. Há de se preservar campo propício a possível decisão favorável à requerente e, portanto, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal como guarda da Carta da República. Quebrado o sigilo por iniciativa do Fisco, parte na relação obrigacional tributária, e conhecido e provido o extraordinário, ter-se-á a ineficácia do provimento jurisdicional. Por isso, surge quadro de excepcionalidade maior a direcionar ao empréstimo de terceiro efeito recursal. Aos efeitos de empecer a coisa julgada (José Carlos Barbosa Moreira) e devolutivo, tudo recomenda que se adite o da suspensão de eficácia do acórdão proferido, procedendo-se de forma ativa, ou seja, para afastar a quebra do sigilo, no que desprovida de ordem judicial.

2. Defiro a liminar pleiteada, obstaculizando, até a decisão final do extraordinário, o fornecimento de informações bancárias da requerente à Receita.

3. Dê-se ciência desta decisão à União, citando-a para o conhecimento da ação proposta. Caso já tenha havido o fornecimento das informações bancárias, observe-se o sigilo, congelando-se a obtenção dos dados, que não poderão ser acionados para os efeitos pretendidos.

4. Encaminhe-se, por fac-símile, o inteiro teor desta decisão à União e à Receita Federal, sem prejuízo da pessoalidade imposta por lei. Imprima-se urgência na degravação e revisão desta decisão.

5. Junte-se cópia deste ato ao processo em que interposto o RE 389.808/PR.

6. Publique-se.

Em 24 de novembro de 2010, por uma votação apertada de seis votos a quatro – vencidos os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e eu próprio –, o Tribunal negou referendo à medida acauteladora.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 224 a 229, preconiza o desprovimento 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. 26 e 110 revelam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à manifestação do inconformismo, respeitou-se o prazo de quinze dias assinado em lei.

É sempre oportuno atentar para os princípios consagrados na Carta Maior. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III –, estando as relações internacionais norteadas pela prevalência dos direitos humanos – art. 4º, inciso II. A vida gregária pressupõe segurança – arts. 5º e 6º –, pressupõe estabilidade, e não a surpresa. No rol das garantias constitucionais de que desfrutam brasileiros e estrangeiros residentes no país, figura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – inciso XII. O acesso ao Judiciário consta desse mesmo rol, visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito – inciso XXXV. Por isso mesmo consubstancia tipo penal fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita – art. 345 do Código Penal. A referência à lei, a encerrar observância do princípio da legalidade, medula em um Estado que se diga Democrático de Direito, remete à necessária harmonia com o texto constitucional.

Relativamente à inviolabilidade referida, a Constituição Federal prevê exceções. A primeira faz-se ao mundo jurídico considerado o primado do Judiciário. A este, mediante ato fundamentado, nas hipóteses e forma contempladas em lei, é dado afastá-la e, mesmo assim, com finalidade única, ou seja, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Muito embora

do preceito conste a exceção quanto às comunicações telefônicas, a sedimentada jurisprudência revela poder a ordem judicial alcançar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados – HC 70.814/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, e o RE 418.416/SC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, cujos acórdãos foram publicados no *Diário da Justiça* de 24 de junho de 1994 e de 19 de dezembro de 2006, respectivamente.

Nota-se, ante remissão contida no art. 58, § 3º, da Lei Maior, que as comissões parlamentares de inquérito atuam com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Em síntese, a regra é assegurar a privacidade das correspondências bem como das comunicações telegráficas de dados e telefônicas, correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Já aqui surge a conclusão sobre a inviabilidade de estender-se a exceção, quando se tratar de outras finalidades que não a ligada à investigação criminal ou à instrução processual penal. A razão do preceito mostra-se única – resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade. Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato de órgão equidistante, mediante ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal.

Idêntica premissa pode ser assentada quanto às comissões parlamentares de inquérito. Em tal sentido tem sido a jurisprudência do Supremo. E certo que, no MS 21.729-4, do qual fui Relator, sendo designado para redigir o acórdão o Ministro Néri da Silveira, abriu-se uma exceção, relativa à atuação direta do Procurador-Geral da República no tocante a investigação concernente a verbas públicas. Proclamou-se, então, em 1995: "Não cabe ao Banco do Brasil negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público".

Admitiu-se a primeira exceção estranha ao texto constitucional. Na oportunidade, manifestei entendimento contrário, sendo acompanhado pelos Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Potencializou-se, a meu ver, a mais não poder – e por seis votos a cinco, por maioria de apenas um voto, como ocorreu na surpreendente cassação da liminar neste caso, seis a quatro, conforme consignado no relatório –, o que seria não o interesse público primário, mas o secundário quanto às verbas envolvidas na espécie. De qualquer forma, ficou delimitado o acesso direto proporcionado ao Procurador-Geral da República, fiscal da lei e titular exclusivo da ação penal pública perante o Supremo, que não se confunde com a Receita Federal. Esta é parte na relação jurídico-tributária, surgindo o interesse fiscal-arrecadador. Restringiu-se o acesso à movimentação de verbas públicas.

Em 26 de setembro de 2001, o Tribunal, no julgamento do MS 23.851/DF, examinou situação jurídica em que a quebra de sigilo viria a decorrer, se admitida,

de ato de comissão parlamentar de inquérito. Ressaltou o Relator, Ministro Celso de Mello, que a medida não pode ser utilizada como instrumento de devassa indiscriminada, sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade:

> A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fatico idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta.
>
> A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes, não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos.
>
> A fundamentação da quebra de sigilo há de ser contemporânea à própria deliberação legislativa que a decreta.
>
> A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental.

Somei o meu voto ao do Relator e o entendimento mostrou-se unânime.

Voltou o Plenário a enfrentar a matéria quando do julgamento do MS 22.801-6, impetrado pelo Banco Central do Brasil e por Gustavo Jorge Laboissière Loyola contra ato do Tribunal de Contas da União. O saudoso Ministro Menezes Direito, Relator, fez ver, em 17 de dezembro de 2007, que a LC 105, de 10 de janeiro de 2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União – órgão que não guarda a qualidade de parte, mas a natureza fiscalizatória relativamente ao interesse público – o poder de determinar a quebra do sigilo bancário e de dados constantes do Banco Central do Brasil. Mais uma vez, o pronunciamento foi unânime.

Este Colegiado, em 27 de agosto de 2009, apreciando a Pet 3.898, do então momentoso caso Francenildo, ressaltou a eficácia constitucional do sigilo bancário. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, na ementa elaborada, consignou que:

> 5. O Ministro da Fazenda e seu assessor de imprensa não figuram dentre os agentes integrantes da cadeia de pessoas autorizadas, em lei ou regulamento, a conhecer, por transferência, dados cobertos pelo sigilo bancário.
>
> 6. Existência de base empírica para a configuração de justa causa para a ação penal em relação ao então Presidente da Caixa Econômica Federal. Embora tendo a posse legítima de informações acobertadas pelo sigilo bancário, o denunciado as revelou indevidamente ao então Ministro da Fazenda, pessoa não autorizada a conhecê-las.

(...)

8. Denúncia rejeitada em relação ao ex-Ministro da Fazenda e assessor de imprensa do mesmo Ministério e recebida quanto ao então Presidente da Caixa Econômica Federal.

Ficou assentado que nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado – existentes na Caixa Econômica Federal. Vê-se que, apesar desse pronunciamento, no caso ora analisado, o Tribunal de origem, olvidando a reserva ao Judiciário prevista na Constituição Federal, placitou esse acesso por um órgão subordinado ao citado Ministério, ou seja, a Receita Federal.

A Primeira Turma do Supremo também teve a oportunidade de examinar o tema presente a atuação não cobradora, como ocorre com a Receita, fiscalista por excelência, mas fiscalizadora do Banco Central. Em 3 de agosto de 2007, julgando o RE 461.366-2/DF, de minha relatoria, fez ver:

Sigilo de dados – Atuação fiscalizadora do Banco Central – Afastamento – Inviabilidade. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal,

Na ocasião, reconheço, ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Presidente, e Carlos Ayres Britto.

As questões envolvidas na espécie são muitas. A primeira delas diz respeito à rigidez, a acarretar a supremacia, da Constituição Federal. Ato normativo abstrato autônomo há de respeitar o que nela se contém.

O segundo aspecto tem ligação com o primado do Judiciário. Não se pode transferir a atuação deste, reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal. Vale notar que, nesses dois últimos patamares, também existem entidades cujo objeto, cuja destinação, assemelha-se à da Receita Federal. Admitindo-se que a Receita Federal pode ter acesso direto, por que meio for, a dados bancários de certo cidadão, dever-se-á caminhar no mesmo sentido, por coerência sistêmica, para dar idêntico poder às Receitas estadual e municipal.

A terceira questão a ser considerada concerne à denominada prerrogativa de foro. Detendo-a o cidadão, só pode ter o sigilo afastado ante a atuação, fundamentada, do órgão Judiciário competente, mas, até aqui, segundo o acórdão impugnado mediante este extraordinário, ombreiam, em despropósito insuplantável, o Judiciário e a Receita Federal. Em síntese: ainda que o correntista goze da prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo Supremo, este sim autorizado constitucionalmente a quebrar-lhe o sigilo de dados bancários, a Receita poderá fazê-lo não para efeitos criminais, mas de cobrança de tributos, fato que revelará verdadeira coação política na cobrança de tributos, a contrariar jurisprudência sedimentada – Verbetes 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo:

Verbete 70
É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Verbete 323
É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de Tributos.

Verbete 547
Não é lícito à *autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

O passo banaliza o que a Constituição Federal quer protegido – a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos.

Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso, confiro à legislação de regência – Lei 9.311/1996, LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator para, na linha de como já votei ao julgar a AC 33, negar provimento ao recurso extraordinário. E o faço pelos seguintes fundamentos, que agrego àquele voto anteriormente dado quando da análise cautelar.

O fundamento do extraordinário é o art. 5º, incisos X e XI, da Constituição: a inviolabilidade e a intimidade da vida privada, da honra, da imagem e a inviolabilidade do sigilo e dos dados.

Mas vou ao art. 145 da Constituição, dispositivo originariamente promulgado em conjunto com aqueles dos incisos X e XII do art. 5º.

O § 1º do art. 145 dispõe, em síntese, que a administração tributária poderá "identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos **termos da lei**, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

E temos a lei. E a lei está a respeitar – depois vou desenvolver os dispositivos legais – os direitos e garantias individuais? Digo que está, exatamente quando ela criminaliza a quebra. Aqui, no caso em julgamento, não há que se falar de quebra de sigilo, há que se falar de transferência do dever de manter o sigilo, porque a quebra é crime, é ilícito.

Destaco, também, Senhor Presidente, que a Constituição muito sabiamente distingue acesso a patrimônio e rendimentos e atividades econômicas.

Qual o conjunto maior de patrimônio que temos, todos os cidadãos? Nossos bens, os quais nós somos compelidos a declarar ao Estado brasileiro, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, por obrigação legal; não por ordem judicial.

A Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens. No nosso caso, essa obrigação anual se dá por força de lei, *ex leges*, não por força de decisão judicial. Se esse não fosse o caso, a Receita Federal teria, todo ano, de acionar o Judiciário para que ele compelisse os cidadãos brasileiros a apresentar anualmente a sua declaração de bens, declaração do patrimônio total de bens. Esse é o conjunto maior; a atividade econômica, que é a movimentação bancária, é o conjunto menor.

Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor? E o § 1º do art. 145 muito sabiamente ressalvou: "identificar, respeitados os direitos individuais (...)". Ora, data vênia, a lei respeita; e penaliza a administração pública se o ilícito ocorreu por ordem superior, se houve conivência. Lerei, novamente, os dispositivos. "[A administração poderá] identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas (...)". O que estamos a dizer sobre a atividade econômica, a movimentação bancária? Que é lícita a identificação, conforme o § 1º do art. 145 da Constituição Federal. Por quê? Porque a lei que regra o dispositivo... e aqui vou além, vou aos arts. 10 e 11 da LC 105.

Diz o art. 10:

> Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar (...).

A Lei comete um ato falho, porque ela fala em quebra de sigilo. Na verdade, aqui, quando se fala em quebra, quer-se dizer transferência do dever de sigilo.

> Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizada nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
>
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.
>
> Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata essa Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública [ou seja, no caso, o Estado] quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Digo eu, e disse isso na cautelar, se houve uma orientação oficial, o ente público será também responsabilizado. Pois bem, nesse sentido o meu entendimento é que aqui não se trata de quebra de sigilo. Trata-se, na verdade, de uma

transferência de dados sigilosos de um portador desse dado que tem o dever de sigilo para um outro portador que manterá a obrigação desse sigilo. Se não o mantiver, cometerá crime e será responsabilizado.

A eventual divulgação desses dados dará azo a que incida o tipo penal e permitirá, inclusive, a responsabilização civil e administrativa do infrator; enfim, todas as responsabilizações decorrentes de lei.

Também reforço, aqui, Senhor Presidente, aquilo que já havia dito por ocasião do julgamento da cautelar: não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.

Por todas essas razões, Senhor Presidente, e verificando que há previsão constitucional e que a lei que regrou a transferência respeita os direitos e garantias fundamentais, tudo nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição e da legislação que regulamenta essa transferência, criminalizando a quebra, eu nego provimento ao recurso, com as vênias ao eminente Ministro Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente Ministro Relator, mas, tal como já votei em outras ocasiões, também não vislumbro, aqui, agressão aos direitos fundamentais, uma vez que não me parece que tenha havido quebra da privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da administração pública, aqueles dados. Portanto, não me parece absolutamente que tenha havido qualquer inconstitucionalidade sequer para configurar a necessidade de uma interpretação conforme.

Também acho que não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da administração fazendária, e até ao direito penal, nos casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são.

Por essas razões, peço vênia ao eminente Ministro Relator, acompanho a divergência agora aberta pelo eminente Ministro Dias Toffoli.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia à divergência, na esteira de pronunciamentos anteriores, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu peço vênia ao eminente Ministro Relator para discordar do voto proferido por Sua Excelência. Vou acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli.

O meu raciocínio é simples, segue a trilha deixada pelo Ministro Toffoli e parte de uma observação que me parece tranquila.

A Constituição Federal, em diversas passagens, prestigia o Fisco, desembaraça a atividade fazendária, e eu me permito citar, aqui, o art. 37, inciso XXII, cuja dicção é esta:

> XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Depois, a Constituição, nessa mesma linha de apreço especial pela atividade do Fisco, fez, no âmbito da Advocacia Pública, um destaque, exatamente para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no § 3º do art. 131:

> § 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Para não maçar os Senhores Ministros, eu também releio o § 1º do art. 145, citado pelo Ministro Dias Toffoli, assim redigido:

> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, [essa redação é da Constituição originária, inclusive] facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos [e vem a parte que mais interessa] identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, [aliás há várias leis, dispondo sobre a atuação do Fisco, que não é arbitrária, é obediente a parâmetros objetivos fincados nessas leis] o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Claro que há uma referência aos direitos individuais – "respeitados os direitos individuais" –, o que nos remete para o art. 5º, inciso XII:

> XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (...) [fico por aqui].

A Constituição usa o substantivo "comunicações" para três atividades ou setores factuais de incidência: comunicações telegráficas, comunicações de dados e comunicações telefônicas. Por que isso? Porque o objetivo da Constituição é preservar a privacidade das pessoas privadas. O que a Constituição não quer é a interceptação da conversa entre pessoas, ou seja, uma interceptação clandestina ou desautorizada. O que a Constituição não quer é que essa interlocução intersubjetiva, essa interlocução entre sujeitos de direitos, seja capturada indevidamente

por terceiros. Essa expressão comunicação "de dados" é explicável, porque, hoje em dia, esses "dados" eletrônicos, ou informáticos, se dão na troca de *e-mails,* no plano das compras pela internet*,* transferências bancárias que são feitas eletronicamente, pagamento de títulos, faturas, duplicatas, é isso que a Constituição não quer. E esse meter o bedelho, é essa bisbilhotice, é essa intromissão em conversa alheia. Por quê? Porque essa interlocução entre sujeitos de direito diz com a privacidade de que trata o inciso X do art. 5º. Se a intimidade significa o indivíduo consigo mesmo, por exemplo, redigindo o seu diário, ele sozinho e a sua consciência, a privacidade significa um relacionamento no âmbito menor de pessoas, como uma troca de *e-mails,* por exemplo. Isso é expressão de privacidade.

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. E o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.

Por outro lado, esse tipo de interpretação que se desata do voto do Ministro Dias Toffoli faz, implicitamente, uma distinção muito cara à Ministra Cármen Lúcia e a mim mesmo. Sempre que posso, como a Ministra Cármen Lúcia também, faço uma distinção entre o ser e o ter.

O que o direito tem em conta cada vez mais, notadamente o direito constitucional, é a preservação dos dados do ser.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Do ser.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Do ser, porque atinentes a bens de personalidade.

Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia.

De maneira que, com essas palavras, desprovejo o recurso, na linha do voto, que tenho como o exemplar, do Ministro Dias Toffoli.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, já na sessão em que discutimos o tema, eu revelei, um pouco, uma angústia em torno desse assunto.

Inicialmente, eu estava bastante convencido do respaldo constitucional para a providência tomada pela Receita. Isso foi objeto de ampla discussão, e não são poucas as discussões sobre as possibilidades de a Receita fazer esse acesso.

Eu mesmo citava em meu voto, na cautelar, o art. 145, § 1º, que já foi objeto de posicionamento agora, a partir da manifestação do Ministro Dias Toffoli. E a minha dúvida se assentava, inclusive, num aspecto de eficiência da própria administração. Em vez de pedir ao Judiciário, fazer diretamente.

Ministro Marco Aurélio até chamava atenção para a disciplina, que não está na lei, mas está no decreto, no regulamento desse mandado de fiscalização, que é uma medida importante, uma norma de organização e procedimento, com o objetivo de assegurar certa ordem e de evitar desmandos nesse seara. Mas, depois de ouvir o voto do Ministro Marco Aurélio naquela assentada e, ainda, o voto do Ministro Celso de Mello, eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos nos fazer: Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar? O que diz o texto constitucional no § 1º do art. 145: "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei [portanto, é um caso típico de reserva legal] o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas consequências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir – essa é a premissa do voto do Relator e também do voto do Ministro Celso de Mello proferido na cautelar – que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Surge um problema, no tocante à jurisdição, a reserva diz respeito a um objeto, à persecução criminal, e, no caso concreto, o objeto é outro, é a cobrança de tributo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, mas pode haver até uma disciplina legislativa, uma medida cautelar que permita, porque essa permitiu ao legislador, eventualmente poderia permitir se entendermos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas, aí, contrariaria, porque, quando a Constituição abre exceção à regra, o faz quanto ao Judiciário e para uma finalidade exclusiva, ou seja, a investigação criminal, e não a cobrança de tributo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não me parece, pelo menos não havia entendido assim o voto de Vossa Excelência e, certamente, não dou essa extensão. Eu entendo que a matéria está sujeita a exame – parece-me que aí é razoável –, mas não exigir que sempre haja uma investigação criminal. Não me parece também que fosse essa a posição do Ministro Celso de Mello. Ele enfatizava simplesmente o princípio da reserva de jurisdição, mas não a necessidade de existência de um procedimento de índole criminal. Tanto é que foi isso que me sensibilizou, especialmente no voto de Sua Excelência, quer dizer, é claro que isso onera. E Vossa Excelência, inclusive, sempre ressalta, dizendo que se paga

um preço para se viver no Estado de Direito ou na democracia, que é a observância de regras mais onerosas.

Portanto, não chego a esse ponto, mas eu vou acompanhar Vossa Excelência quanto ao fundamento básico da necessidade de jurisdição, que também acho que foi a posição defendida pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento, a ideia de reserva de jurisdição.

Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com a ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição, mas não a necessidade de que haja uma investigação de índole criminal.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes, só para entender melhor, está exigindo a reserva de jurisdição para acesso aos dados?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Para acesso aos dados.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu só entendo cabível para interromper uma comunicação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Entendendo que isso é uma dimensão mesmo, isso ficou muito claro, inclusive no voto do Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não é nem interromper, é para ouvir, participar de uma interlocução, participar clandestinamente de uma interlocução. Aí, eu exigiria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não haveria nem o interesse em interromper, porque o objetivo seria ouvir.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Não, neste caso, são os dados que estão depositados. Não se trata de dados que terão que ser interceptados.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu me permitiria – como eu fiz um voto muito singelo, mas na linha do que está sendo colocado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes –, quando o § 1º do art. 145 faz alusão ao respeito aos direitos individuais, isso, a meu ver, indica exatamente que deve ser ouvido o Judiciário. Porque o Judiciário é o guardião último dos direitos fundamentais. Então, o meu voto está exatamente nessa linha.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Temos dezesseis mil juízes no Brasil prontos a examinar eventualmente o caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro, não está em mesa saber a extensão da atuação do Judiciário. Está em jogo definir se a Receita pode ombrear com o Judiciário e afastar o sigilo de dados bancários. Por isso não me comprometo com a limitação ao Judiciário.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas o sigilo é da comunicação, ou seja, é da interlocução.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O que não concordo é com a extensão dada ao preceito para se ter, está em bom português a referência a Judiciário, também implicitamente a referência à Receita.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, manifestei-me na AC 33, longamente, inclusive sobre o mérito, já que foi um julgamento em que se avançou sobre a matéria de fundo. E, num sentido contrário ao divergente ora manifestado pelo eminente Relator, também eu, assim como o ministro Gilmar Mendes, fui tomada de dúvidas a respeito do tema e, por isso, peço vista.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, tem-se – daí haver inclusive apressado a liberação do processo para julgamento – mandado de segurança. E até aqui existe uma decisão mandamental que, sabemos, surte efeitos imediatos.

Reconheço que o Tribunal cassou – e continuo perplexo com essa cassação – a liminar que implementara. Mas, a esta altura, temos um, dois, três votos a favor do provimento do recurso e três contrários, havendo votos sinalizados do Ministro Celso de Mello e de Vossa Excelência no sentido do provimento do recurso. Por isso, permito-me, sem a menor desconsideração para com a óptica anterior do Colegiado, ante o início do julgamento e para que o recurso extraordinário não perca o objeto – com o cumprimento imediato da decisão do Regional –, propor que o Tribunal, excepcionalmente, implemente uma medida acauteladora para aguardar-se, e não se tornar inócuo o início da apreciação desse recurso extraordinário, a conclusão dessa mesma apreciação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É que já foi votada a matéria.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A matéria foi vencida na Cautelar 33.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu submeto, mas realmente me parece razoável, porque torna inócua a medida. Se, eventualmente, for concedida, afinal, e a administração já tiver tido acesso aos dados, nossa ordem será absolutamente inócua.

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

O Sr. Ministro Ayres Britto: É que já houve uma votação formal, proclamado o resultado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se a perspectiva for de que o Tribunal denegue o pedido, não vai haver dano.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O direito de cautela pode ser acionado a qualquer momento. O processo ainda está aberto à apreciação do Colegiado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vamos conceder, de ofício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Que a maioria decida. Presidente!

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Essa reversão de decisões no Tribunal está se tornando comum.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Como? Perdão, não ouvi.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que o Ministro se opôs, dizendo que havia preclusão da matéria. Preclusão não há.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Preclusão, não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Porque a liminar é uma medida sempre precária e efêmera. Pode ser implementada a qualquer momento, como também pode ser reconsiderada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É revogável a qualquer tempo. Claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, a questão que coloco é esta: ante o início do julgamento da matéria, com três votos pelo provimento, dois sinalizados, o do Ministro Celso de Mello e o de Vossa Excelência, se não é relevante, para não haver a perda de objeto do recurso extraordinário – repito, estamos nos defrontando com um mandado de segurança com a roupagem do recurso extraordinário –, implementar-se a cautelar, que, por sinal, vigorou por um longo período, já que trouxe o processo, para referendá-la ou não, em 2003.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É **essencial** a concessão da tutela cautelar, **sob pena** de completa frustração da pretensão mandamental.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E ficar a parte sem jurisdição.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Bem, a liminar foi concedida em 2003, Ministro Relator?

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

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Acredito que esses dados são dados fiscais?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Bancários.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas para efeitos fiscais?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim, trata-se de dados bancários destinados a finalidades de ordem fiscal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Cinco anos são passados, eles já são inúteis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Até aqui, penso, não houve o acesso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É que, na semana passada, revogamos a liminar, o que permitiria ao Fisco ter acesso. Noutras palavras, se não concedermos agora uma cautelar, o julgamento será absolutamente inócuo, inútil, frustrante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E o acesso não é tão urgente assim.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, para a concessão da cautelar são necessários dois requisitos: *periculum in mora* e *fumus boni juris*. Não vejo plausibilidade jurídica e já votei. Mas, Senhor Presidente, é fato concreto que, em 24 de novembro, o Ministro Gilmar Mendes votou negando referendo à cautelar e, na sessão de hoje, Sua Excelência alterou a posição quanto ao mérito. Nós não podemos desconhecer esse fato.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: O Ministro Joaquim também esteve presente e também negou.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É evidente que discordo do eminente Ministro Relator e dos Ministros que o acompanharam, mas eu não posso tomar para mim a plausibilidade jurídica ou não do caso. A Corte está divida sobre o tema e, portanto, tenho que reconhecer que, mesmo não vendo eu plausibilidade jurídica nenhuma, literalmente nenhuma, eu me curvo, pela necessidade, à proposta do eminente Ministro Marco Aurélio para conceder a cautela, porque talvez só no ano que vem teremos oportunidade de continuar este julgamento.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Toffoli, mas a plausibilidade é toda embasada na ausência do meu voto, que na sessão anterior foi em sentido contrário ao do eminente Relator, a ausência eventual do Ministro Joaquim Barbosa e a mudança de posição do Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não, não. Até porque, se Vossa Excelência está pedindo vista, é para poder refletir. Se vai refletir, vai refletir talvez a favor do contribuinte.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ou manter a posição, Ministro Toffoli.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que, ante a mudança, no voto do Ministro Gilmar Mendes, o placar ficará invertido, ou pelo menos ficará empatado.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, acho que, nos termos da lei, é de um mandado de segurança que se trata. O que se exige são dois dados que, naquela ocasião, eu não acolhi, mas que, realmente, na linha do Ministro Dias Toffoli, apenas considero que há relevância jurídica – é o que a lei do mandado de segurança exige – e possibilidade de, se ao final a medida vier a ser concedida, tornar-se ineficaz.

Esses dois elementos que, a meu ver, não existiam quando eu não referendei e votei no sentido do não referendo, hoje, diante do quadro e principalmente diante do tempo decorrido e da possibilidade de haver realmente agora a ineficácia da medida, se ao final ela vier a ser concedida, eu reformulo, portanto, o que entendi para acompanhar a proposta formulada pelo Ministro Relator para este fim, mantendo quanto ao mérito, com a devida vênia, o meu voto.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Há risco de prescrição quanto ao tributo ou não?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Pendente de julgamento, não há risco de prescrição nenhum.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu vou permanecer fiel ao voto proferido na última assentada pela não concessão da liminar.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também eu. Senhor Presidente, não me parece adequado que este Tribunal decida conforme as presenças eventuais na bancada.

Na sessão anterior, estava presente o Ministro Joaquim Barbosa, votou em sentido diverso ao proposto pelo eminente Relator, inclusive é ele o Relator para o acórdão da AC 33. Temos hoje colocados os votos que acompanham o eminente Relator: são os Ministros Lewandowski e, em parte, o Ministro Gilmar. Parece-me que o Ministro Gilmar não acompanha Vossa Excelência na integralidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, não acompanha integralmente, porque não está em discussão a extensão da atuação do Judiciário. Está em jogo apenas a possibilidade de a Receita substituir-se ao Judiciário. Então não há divergência, inclusive quanto ao fundamento. Eu próprio, disse que não me comprometia com a limitação em relação à atividade do Judiciário.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Neste momento do julgamento, mesmo computado o voto do Ministro Gilmar Mendes, nós temos três votos, inclusive o do Relator num sentido; o voto do Ministro Toffoli, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ayres Britto, outros três, em sentido contrário. De modo que eu não me sinto confortável para prosseguir, ainda mais diante da ausência de um Colega cuja posição é conhecida; Vossa Excelência sabe muito bem que eu peço vista destes autos apenas para permitir a presença do Colega ao julgamento. Para que o Tribunal não tenha resultados diferentes conforme sua composição eventual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Sim, mas temos que tornar aproveitável esse resultado, porque, se não considerarmos o resultado, será inútil.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E eu ainda levaria cm consideração mais um fato, Presidente. Eventualmente posta a questão da maneira como está, ela, de certa forma, cerceia o meu direito de pedir vista do processo, e diante disso é que manifesto desde logo o meu voto. Se Vossa Excelência assim entender, se encaminhar dessa maneira, eu suspendo o meu pedido de vista. Se for o caso, se eu estiver sendo cerceada no meu direito de pedir vista, eu, desde logo, manifesto o voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Quanto ao mérito, Vossa Excelência vai ter toda a oportunidade de se manifestar. O que não teremos nós é a oportunidade de votar depois de inutilizado o remédio!

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Esta questão foi decidida na AC 33, Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nós é que não vamos ter oportunidade de votar depois, se o remédio se tornar inútil. Isto é, o alcance do seu pedido de vista está garantido em qualquer hipótese, e também dos que pensam em sentido contrário. E, em atendimento a uma velha regra de cortesia em julgamento colegiado, o Ministro Celso e eu não adiantamos voto, que é conhecido, mas só por isso. Agora, se não for concedida a liminar, o seu pedido de vista terá toda a utilidade, mas os nossos votos eventualmente poderão não ter nenhuma.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, se Vossa Excelência me permite, já que se encaminha dessa forma a votação, abro mão do meu pedido de vista e desde logo me manifesto pelo improvimento do recurso extraordinário, exatamente nos mesmos termos em que o fiz na AC 33. A questão está para ser decidida com um quórum que me parece inadequado, mas, já que é este o encaminhamento, manifesto meu voto nesse sentido, com vênia do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **A controvérsia** instaurada na presente causa **suscita** algumas **reflexões** em torno do tema **pertinente** ao alcance da norma inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição, que, **ao consagrar** a **tutela jurídica da intimidade** (**e**, *também,* da privacidade), **dispõe** que "**são *invioláveis* a *intimidade,* a *vida privada***, *a honra e a imagem das pessoas (...)"* (**grifei**).

Esse tema **ganha** *ainda maior relevo,* **se** se considerar **o círculo de proteção** que o ordenamento constitucional **estabeleceu** em torno das pessoas, *notadamente* dos contribuintes do Fisco, **objetivando** protegê-los **contra** ações eventualmente arbitrárias **praticadas** pelos órgãos estatais da administração tributária, **o que confere** especial importância **ao postulado** da *proteção judicial efetiva,* **que torna inafastável**, em situações como a dos autos, **a necessidade** de autorização judicial, **cabendo ao Juiz**, **e não** à administração tributária, **a quebra** do sigilo bancário.

É que os órgãos estatais da administração tributária **não guardam**, em relação ao contribuinte, **posição** de equidistancia **nem dispõem** do atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da "*terzietà*", **o que põe em destaque** *o sentido tutelar* da cláusula **inscrita no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional, **prescreve**, em caráter impositivo, que a administração tributária, **quando** no exercício de sua competência, **respeite** os direitos individuais das pessoas em geral **e** dos contribuintes em particular.

O exame da questão ora em análise **torna indispensável** que se aprecie, já *nesta fase,* **o tema** concernente ao poder do Estado **e** às relações **entre** o Fisco, os contribuintes **e** os cidadãos em geral.

Impende reconhecer, desde *logo,* **que não são absolutos** – *mesmo porque não o são* – **os poderes** de que se acham investidos os órgãos **e** agentes da administração tributária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora em exame, que o Estado, **em tema** de tributação, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, *constitucionalmente*, aos contribuintes **e** aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos **e** garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

Daí a necessidade de rememorar, *sempre,* **a função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembradas da existência**, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro** *"estatuto constitucional do contribuinte"* – **consubstanciador** de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (**Pet 1.466/PB**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in" **Informativo*/STF** 125) – **culminam por asfixiar**, *arbitrariamente*, **o sujeito passivo** da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, injustamente, **trate-se** de obrigação tributária principal, **cuide-se** de obrigação tributária acessória ou instrumental, **a prática** de garantias legais e constitucionais **de que é legítimo titular**, **fazendo instaurar**, assim, **situação que só faz conferir** permanente atualidade **ao "*dictum*"** do *Justice* Oliver Wendell Holmes, Jr. *("The power to tax is not the power to destroy while this Court sits"),* **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, "o poder de *tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema",* **proferidas**, ainda que como *"dissenting opinion",* **no julgamento**, em 1928, **do caso** *"Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox"* (277 **U.S.** 218).

O que me parece significativo, no contexto ora em exame, **é que** a administração tributária, **embora** podendo muito, **não pode tudo**, eis que lhe é **somente** lícito atuar, *"**respeitados** os direitos individuais* **e** *nos termos da lei"* (**CF**, art. 145, § 1º), **consideradas**, sob tal perspectiva, e para esse efeito, **as limitações** decorrentes do próprio sistema constitucional, **cuja eficácia restringe**, como natural consequência **da supremacia** de que se acham impregnadas **as garantias** instituídas pela Lei Fundamental, **o alcance** do poder estatal, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte **e** dos cidadãos da República.

Cumpre ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, **a propósito** do tema ora em exame, **a advertência** do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial – **apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário** (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, "**Processo Tributário**", p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, "**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", p. 893/907, itens n. 17.12 **a** 17.20, 8. ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, "**Curso de Direito Tributário**", p. 214/223, itens n. 1 a 1.6, 21. ed., 2002, Malheiros; ROQUE

ANTONIO CARRAZZA, "**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 404/411, item n. 3, 21. ed., 2005, Malheiros, **v.g.**) – **orienta-se no sentido de preservar** o contribuinte **contra medidas arbitrárias** adotadas pelos agentes da administração tributária, **muitas das quais** configuram atos eivados de ilicitude, **quando não de transgressão** à ordem jurídica fundada **na própria** Constituição da República (**RTJ** 162/3-6, **4**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RTJ 185/237-238**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 331.303-AgR/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, ***v.g.***).

Na realidade, a circunstância de a administração estatal **achar-se investida** de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição **e** pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral **e** aos contribuintes, em particular.

O procedimento estatal da administração tributária **que contrarie** os postulados consagrados pela Constituição da República **revela-se inaceitável**, Senhores Ministros, **e não pode ser corroborado** por decisão desta Suprema Corte, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, de *modo estrito,* os limites – *inultrapassáveis* – que restringem os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes **e** com terceiros, **tal como advertiu** o Supremo Tribunal Federal **em julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

> ***ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS.***
>
> *– **Não são absolutos** os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, **pois** o Estado, **em tema** de tributação, **inclusive** em matéria de fiscalização tributária, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas* **que assistem**, *constitucionalmente, aos contribuintes **e** aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos* **e** *garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.*
>
> *– **A administração tributária**, por isso mesmo, **embora** podendo muito, **não pode tudo**.* **É que**, *ao Estado,* **é** ***somente lícito*** *atuar, "**respeitados** os direitos individuais **e nos termos** da lei" (**CF**, art. 145, § 1º), **consideradas**, sobretudo, e para esse específico efeito, **as limitações** jurídicas decorrentes do próprio sistema **instituído** pela* Lei Fundamental, **cuja *eficácia* – *que prepondera*** *sobre todos os órgãos e agentes fazendários – **restringe-lhes** o alcance do poder de que se acham investidos, **especialmente*** guando *exercido em face do contribuinte **e** dos cidadãos da República,* **que *são titulares*** *de garantias **impregnadas** de estatura constitucional **e que**, por tal razão, **não*** **podem ser *transgredidas*** *por aqueles* **que *exercem*** *a autoridade **em nome** do Estado. (...).*
>
> (**HC 93.050/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Posta a questão nesses termos, **mostra-se imperioso assinalar**, considerados os fatos **subjacentes** ao litígio em causa, **que se revela inacolhível** a pretensão da administração tributária federal, **que busca afastar**, "ex *propria auctoritate*", **independentemente** de prévia autorização judicial, **o sigilo bancário** da empresa contribuinte, ora recorrente.

Não se pode ignorar que **o direito** à **intimidade** (**e**, também, à privacidade) – **que representa** importante manifestação dos direitos da personalidade – **qualifica-se** como expressiva **prerrogativa** de ordem jurídica que consiste em reconhecer, **em favor da pessoa**, a existência de um **espaço indevassável** destinado a **protegê-la** contra **indevidas** interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO Dl FRANCO, **para quem** *"Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca".*

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem o significado de grave transgressão** ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade **e** à privacidade (**MS 23.669-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***), **pois** este, **na abrangência** de seu alcance, **representa** o *"direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada"* (**HANNAH ARENDT**).

É certo que a garantia constitucional da intimidade (**e** da privacidade) **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidiu esta Suprema Corte, ***"Não há****, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam* ***de caráter absoluto****, mesmo porque razões de* ***relevante*** *interesse público* **ou** *exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades* ***legitimam****, ainda que* ***excepcionalmente****, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,* ***desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição"*** (**MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** – nele compreendida a garantia fundamental da intimidade **e** da privacidade – **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente **ao sigilo bancário**, que, *ao dar expressão concreta* a **uma** das dimensões em que se projeta, **especificamente**, a garantia constitucional da privacidade, **protege** a esfera de *intimidade financeira* das pessoas.

Embora o sigilo bancário, *também ele,* **não tenha** caráter absoluto (**RTJ 148/366**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 172/302-303**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***), **deixando de prevalecer**, *por isso mesmo,* **em casos excepcionais**, diante **de**

exigências impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, "**O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade**", "*in*" Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da privacidade – e *da intimidade financeira* das pessoas, em particular –, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, "**A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**", p. 143/147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idónea.

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias **que já proferi** nesta Suprema Corte, **que a tutela jurídica** da intimidade (**e**, *também,* da privacidade) constitui – **qualquer** que seja a dimensão em que se projete – **uma das expressões mais significativas** em que se pluralizam os direitos da personalidade. **Trata-se** de valor constitucionalmente assegurado (**CF**, art. 5º, X), **cuja proteção normativa** busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – **uma esfera de autonomia** intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, *bem por isso,* **tem acentuado** que o sigilo bancário – **que possui** extração constitucional – **reflete**, na concreção do seu alcance, **um direito fundamental** da personalidade, **expondo-se**, em consequência, **à proteção jurídica** a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O eminente Professor ARNOLDO WALD, **em precisa abordagem** do tema ("**Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**", vol. 1/206, 1992, RT), **expendeu** *lúcidas considerações* **a respeito** dessa questão, **destacando a essencialidade** da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade pessoal e da liberdade individual:

> ***Se podia haver dúvidas no passado**, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos **dados** pessoais, **é evidente que**, **diante do texto constitucional de 1988**, **tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna**.*
>
> ***Efetivamente**, as Constituições Brasileiras **anteriores** à de 1988, **não só não asseguravam** o direito* à *privacidade **como também**, quando tratavam do sigilo, **limitavam-se a garanti-lo** em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, **não se referindo ao sigilo** em relação aos **papéis** de que tratam a Emenda n. XV à Constituição Americana,* a *Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. **Ora, foi em virtude** da referência **aos papéis** que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários **tinham** proteção constitucional.*
>
> ***Com a revolução tecnológica, os "papéis" se transformaram em "dados"** geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, **ensejando enormes conjuntos** de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. **A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo**, inclusive nos assuntos que são*

do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, ***no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais****, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade,* ***passou a merecer a proteção constitucional*** *em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação* a tais *informações devia ser construída com base nos princípios gerais* que asseguravam a *liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.*

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que ***a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional****, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.*

(**Grifei**.)

O direito à inviolabi1idade dessa franquia individual – **que constitui**, *insista-se,* **um dos núcleos básicos** em que se desenvolve, em nosso País, **o regime** das liberdades públicas – **ostenta**, como precedentemente enfatizado, caráter *meramente* relativo. **Não assume nem se reveste** de natureza absoluta. **Cede**, por isso mesmo, *e sempre em caráter excepcional,* às exigências impostas **pela preponderância axiológica e jurídico-social** do interesse público, **tal como acentuado**, em diversos julgamentos, **por esta** Suprema Corte (**AI** 528.539/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **AI** 655.298-AgR/SP, Rel. Min. EROS GRAU, *v.g.:*

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA*. ADMINISTRADORA *DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art, 5º, X.

I. ***Se é certo*** *que o sigilo bancário,* ***que*** **é** ***espécie*** *de direito à privacidade,* ***que a Constituição protege*** *– art. 5º, X –,* ***não*** **é** *um direito absoluto,* ***que deve ceder*** *diante do interesse público, do interesse social* ***e*** *do interesse da Justiça,* ***certo é,*** *também,* ***que ele há de ceder*** *na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...)*

(**RE 219.780/PE**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.)

A pesquisa da verdade, *nesse contexto,* constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de *"**disclosure**"* das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. **Essa busca** de elementos informativos – **elementos** estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva **regularmente** suas atividades e realize os fins institucionais a que se acha vinculado –, **sofre os necessários condicionamentos** que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, *por isso mesmo*, **que a quebra** do sigilo bancário – **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica** – **só** deve ser decretada, **e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade**, quando existentes **fundados** elementos que justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, **a necessidade** da revelação dos dados **pertinentes** às operações financeiras ativas **e** passivas **resultantes** da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A relevância do direito ao sigilo bancário **impõe**, *por isso mesmo,* **cautela e prudência** ao Poder Judiciário na determinação **da ruptura** da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, *em norma de salvaguarda,* pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (**CF**, art. 5º, X).

É preciso salientar, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **proclamou a plena compatibilidade jurídica** da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, **incisos** X e XII, da Constituição (**Pet 577-QO/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, ***DJ*** de 23-4-1993), **reconhecendo possível** autorizar – *quando presentes fundadas razões* – a pretendida *"**disclosure**"* das informações bancárias reservadas (**RTJ** 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte **salientou**, **ao julgar o Inq 897-AgR/DF**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, ***DJ*** de 2-12-1994, que, **não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se licito afastar**, *quando de investigação criminal se cuidar, p. ex.*, **a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, **revelando-se** ordinariamente **inaplicável**, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, *por necessário* – **e tal como adverte** JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE ("**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) – **que a ampliação** da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, de um *lado,* **e a intensificação** da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, *de outro,* **tornaram inevitável** a ocorrência de situações caracterizadoras de **colisão de direitos** assegurados pelo ordenamento constitucional.

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, **dilataram-se os espaços de conflito** em cujo âmbito **antagonizam-se**, em função de situações **concretas** emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual** carga de positividade normativa.

Vários podem ser, **dentro desse contexto excepcional de conflituosidade**, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, **que vão desde o estabelecimento** de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, **passando pelo reconhecimento** do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, **até a consagração** de um processo que, *privilegiando a unidade e* a *supremacia da Constituição,* **viabilize** – **a partir** da adoção "*de um critério de proporcional idade na distribuição dos custos do conflito*" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *"**op. loc. cit.**")* – **a harmoniosa composição** dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, **impõe-se** o deferimento da quebra de sigilo bancário, **sempre** que essa medida se qualificar como providência *essencial e indispensável* à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (**e/ou** da fiscalização) estatal, **e desde que** – consoante **adverte** *a doutrina* – **não exista** "***nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos***" (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, "**Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade**", "*in*" Repertório IOB de Jurisprudência 24/1992 – 2ª quinzena de dezembro/1992).

Contudo, para que essa providência extraordinária, *e sempre excepcional,* **que é a decretação** da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, **revela-se imprescindível** a existência **de causa provável**, vale dizer, **de fundada** suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração **resulte exigida** pelo interesse público.

Na realidade, **sem causa provável**, **não** se justifica, **sob pena** de inadmissível consagração do arbítrio estatal **e** de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a *"**disclosure**"* das contas bancárias, **eis que** a decretação da quebra do sigilo **não pode converter-se** num instrumento de indiscriminada **e** ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral.

A quebra do sigilo bancário importa, **necessariamente**, em inquestionável **restrição** à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato **excepcional** do Poder Público. **A pretensão estatal** voltada à *"**disclosure**"* das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações – *já estruturalmente tão desiguais* – existentes entre o Estado e o indivíduo, **tornando possível**, ***até mesmo,*** quando **indevidamente** acolhida, **o próprio comprometimento** do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, *em seus aspectos essenciais,* **o círculo de proteção** estabelecido em torno da prerrogativa pessoal **fundada** no direito constitucional à privacidade.

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência **a invocação doutrinária** da cláusula do "***substantive due process of law***" – já consagrada e reconhecida, **em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal**, como instrumento de expressiva limitação constitucional **ao próprio poder** do Estado (**ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.158/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***) –, **para efeito** de submeter o processo de *"**disclosure**"* às exigências de seriedade **e** de razoabilidade.

Daí o registro feito por **ARNOLDO WALD** *("**op. cit.**",* p. 207, 1992, **RT**), **no sentido** de que *"A mais recente doutrina norte-americana fez do "**due process of law**" uma forma **de controle constitucional que examina** a necessidade, razoabilidade **e** justificação **das restrições** à liberdade individual, **não admitindo** que a lei ordinária **desrespeite** a Constituição, **considerando** que as restrições* **ou** *exceções estabelecidas pelo legislador ordinário **devem ter uma fundamentação razoável e aceitável** conforme entendimento do Poder Judiciário. **Coube** ao Juiz Rutledge, **no caso** Thomas v. Collins, **definir** adequadamente **a função** do devido processo legal **ao afirmar** que: 'Mais uma vez temos de enfrentar o dever, **imposto** a esta Corte, **pelo nosso** sistema constitucional, **de dizer onde termina** a liberdade individual **e onde começa o poder** do Estado. **A escolha do limite**, sempre delicada,* **é-o**, *ainda mais, **quando a presunção usual** em favor da lei* **é contrabalançada** *pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional,* **às grandes e *indispensáveis*** *liberdades democráticas **asseguradas** pela Primeira Emenda (...). **Esta prioridade** confere a essas liberdades **santidade e sanção que não permitem** intromissões dúbias. **E é o caráter** do direito, **não** da limitação,* **que determina** o ***standard*** *guiador da escolha. Por essas razões, **qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado*** **não por um perigo duvidoso** ***e remoto, mas por um perigo evidente e atual**'"* (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário – **enquanto** meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – **impõe ao Estado o dever** de respeitar a esfera jurídica **de cada** pessoa. **A ruptura** desse círculo de imunidade **só se justificará** desde que ordenada por órgão estatal **investido**, nos termos de nosso estatuto constitucional, **de competência jurídica** para suspender, *excepcional* ***e*** *motivadamente,* **a eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário **dispõem** do poder de decretar essa medida extraordinária, **sob pena** de a autoridade administrativa interferir, *indevidamente,* na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário**, *ressalvada a competência* das Comissões Parlamentares de Inquérito (**CF**, art. 58, § 3º), **pode eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário.

Daí a correta decisão **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em julgamento** sobre o tema ora em análise, **assim apreciou** a questão **pertinente à indispensabilidade** *de prévia autorização judicial* **para efeito** de quebra do sigilo bancário:

> ***SIGILO BANCÁRIO*** *–* ***INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS*** *–* ***AUTORIZAÇÃO JUDICIAL****.*
>
> ***O sigilo bancário*** *do contribuinte* ***não pode ser quebrado*** *com base em procedimento administrativo-fiscal,* ***por implicar indevida intromissão*** *na privacidade do cidadão,* ***garantia*** *esta expressamente* ***amparada*** *pela Constituição Federal (art. 5º,* ***inciso*** *X).*
>
> ***Por isso****,* ***cumpre*** ***às instituições financeiras manter sigilo*** *acerca de qualquer informação ou documentação* ***pertinente*** *à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte,* ***bem como*** *dos serviços bancários a ele prestados.*
>
> ***Observadas tais vedações, cabe-lhes atender*** *às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco,* ***desde*** *que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autpridade administrativa competente.*
>
> ***Apenas o Poder Judiciário****, por um de seus órgãos,* ***pode eximir*** *as instituições financeiras* ***do dever*** *de segredo* ***em relação*** *às matérias arroladas em lei.*
>
> (**RDA 197/174**, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – **Grifei**.)

A efetividade da ordem jurídica, **a eficácia** da atuação do aparelho estatal **e a reação social** a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico **não ficarão comprometidas nem afetadas**, **se se reconhecer** aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento **e** apoio nos estritos limites de sua competência institucional, **a prerrogativa** de ordenar a quebra do sigilo bancário. **Na realidade**, **a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede**, *pela atuação moderadora do Poder Judiciário,* **que se rompa**, *injustamente*, **a esfera de privacidade das pessoas**, **pois** a quebra do sigilo bancário **não pode nem deve** ser utilizada, **ausente** a concreta indicação de uma causa provável, **como instrumento de devassa indiscriminada** das contas mantidas em instituições financeiras.

A tutela do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar **e/ou** de fiscalizar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais **e os órgãos incumbidos da administração tributária** e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras **o fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, **que nenhum embaraço** resultará do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, **pois**, *consoante já proclamado* pelo Supremo Tribunal Federal, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, **torna-se lícito afastar**, em favor do interesse público, **a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, **na circunstância** – que assume indiscutível relevo jurídico – de que a natureza **eminentemente** constitucional **do direito à privacidade impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, **a necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados *("**disclosure**")* **pertinentes** às operações financeiras, ativas e passivas, **de qualquer pessoa** eventualmente sujeita à ação investigatória (**ou** fiscalizadora) do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derrogatórias à prevalência desse postulado **só possam emanar** de órgãos estatais – **os órgãos do Poder Judiciário** (**e**, *excepcionalmente,* as Comissões Parlamentares de inquérito) –, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação direito *ao sigilo* – *dever de sigilo* **exige** – **para que se preserve** a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa**, **que impõe**, ao Estado, um claro dever de abstenção), *de um lado,* e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, *de outro* – **que a determinação de quebra** do sigilo bancário **provenha** de ato emanado **de órgão do Poder Judiciário**, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios, *insista-se,* **revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades públicas **quanto** à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhor Presidente, **e tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (**CF**, art. 58, § 3º), **pressupõe**, *sempre,* a existência **de ordem judicial**, *sem o que* **não se imporá** à instituição financeira **o dever** de fornecer, **seja** à administração tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja**, *ainda,* à Polícia Judiciária, **as informações** que lhe tenham sido solicitadas.

Desse modo, Senhor Presidente, **e em face** das razões expostas, *peço vênia* **para acompanhar** o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **Relator** da presente causa.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também vou pedir vênia à divergência para dar provimento ao recurso.

Não me parece caso de reeditar os amplos argumentos já brilhante e exaustivamente deduzidos, só lembrando que a postura adotada em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise.

EXTRATO DA ATA

RE 389.808/PR — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S.A. (Advogados: José Carlos Cal Garcia Filho e outros). Recorrida: União (Advogada: PFN – Deysi Cristina Da'Rolt).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo recorrente, o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e, pela recorrida, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional.

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

Brasília, 15 de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL
NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL
NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 406.432 — PI

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: J. Matias Melo — Agravado: Estado do Piauí

Pretendido fornecimento de cópia das notas taquigráficas referentes ao julgamento dos primeiros embargos de declaração opostos pelo recorrente – Inocorrência das hipóteses autorizadoras (RISTF, art. 96, § 4º e § 5º, c/c a Instrução Normativa 28/2005) – Recurso de agravo improvido.

Notas taquigráficas e fornecimento de cópias.

– Não se darão cópias de notas taquigráficas não revisadas, pertinentes aos votos e intervenções dos Ministros que houverem participado do julgamento da causa, sem que tal importe em ofensa ao direito de petição (CF, art. 5º, inciso XXXIV), exceto se – ressalvado o cancelamento tempestivo de tais manifestações pelo próprio Ministro que as houver proferido – referidas notas taquigráficas não forem por ele devolvidas no prazo regimental (RISTF, art. 96, § 4º e § 5º). Precedentes.

– Possibilidade, no entanto, sempre que houver sustentação oral realizada em sessão de julgamento do Pleno e das Turmas, de fornecimento, "por escrito, em áudio, vídeo ou meio eletrônico", de cópia desse mesmo pronunciamento oral (Instrução Normativa 28, de 31-8-2005).

Direito de petição e observância, quanto ao seu exercício, das normas legais e regimentais.

– A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar, à parte interessada, o acolhimento da pretensão que deduziu em sede processual. Precedentes.

– O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição, não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer das partes do dever de observar, em sede processual, as exigências, os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação comum e pelos regimentos internos dos Tribunais em geral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento

ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 27 de março de 2007 — Celso de Mello, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de recurso de agravo** interposto contra decisão, que, **por mim proferida** (fls. 826/827), **indeferiu** pedido de fornecimento, à parte ora agravante, **de cópia das notas taquigráficas** referentes ao julgamento **dos primeiros** embargos de declaração por ela deduzidos (fls. 774/782).

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando a reforma** da decisão impugnada, **apoiando-se**, em síntese, **nos seguintes fundamentos** (fls. 838/839):

> (...) em vista da afronta claríssima do r. Despacho agravado ao art. 5º, incisos LV, LX; art. 37, *caput* (princípios da publicidade, proporcionalidade e legalidade), art. 93, inciso IX, e 133 da Constituição Federal e às normas gerais insculpidas no art. 155 do Código de Processo Civil, acredita e espera os agravantes que seja julgada integralmente procedente, sob pena de restar inócua a garantia constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna (...).

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste razão** à parte ora recorrente, **eis que**, tal como ressaltado na decisão ora agravada, **o Regimento Interno** do Supremo Tribunal Federal, **ao dispor** sobre o fornecimento de cópia das notas taquigráficas, **somente o permite numa única hipótese** (art. 96, § 4º **e** § 5º), **inocorrente** na espécie.

Com efeito, **salvo** na hipótese de as notas taquigráficas **não serem devolvidas** no prazo regimental (**RISTF**, art. 96, § 4º), **é que se autorizará**, excepcionalmente, **o fornecimento** de certidões **ou** cópias de notas taquigráficas (**RISTF**, art. 96, § 5º).

Se tal não ocorrer, **incidirá**, então, **a proibição** inscrita na norma regimental consubstanciada **no § 5º** do art. 96 do RISTF, **sem que se possa alegar**, em tal situação, **ofensa** ao direito de petição (**CF**, art. 5º, XXXIV), **tal como esta Suprema Corte**, por sua colenda Primeira Turma, **teve a oportunidade** de proclamar em decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> – **Agravo regimental**.
> – **Aplicação da proibição contida no parágrafo 5º** do art. 96 do Regimento Interno desta Corte. **Inexistência de ofensa** ao art. *5º, XXXIV, da Constituição Federal.*

Agravo **a que se nega** provimento.
(**RE 173.459-petiçãoavulsa-AgR/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei.**)

Essa **mesma** orientação **foi observada** por esta colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **quando do julgamento do RE 253.455-ED/MG**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA.

Vale reproduzir, quanto ao aspecto ora em análise, **fragmento** do voto **então** proferido pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA:

> **Quanto ao pedido de juntada da cópia das notas taquigráficas** relativas ao julgado **e transcrição** da respectiva fita de áudio (fl. 311), **não é possível atender** à súplica, **pois**, de acordo com o Regimento Interno do STF (art. 96, § 5º), **o julgado está devidamente composto** com o Relatório, os votos do Relator **e** dos Ministros **que se pronunciaram** explicitando seu entendimento, **devidamente** rubricados, **bem assim dele consta** o Extrato da Ata (fls. 288/304).
> (**Grifei**.)

De outro lado, **inaplicável**, ao caso, **o que dispõe a Instrução Normativa** 28/2005, do Senhor Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, **pelo fato de não se haver registrado**, na espécie, **a hipótese nela prevista**. É que **não houve sustentação oral** do ora agravante no julgamento dos embargos de declaração por ele deduzidos, **consoante registra** o Extrato da Ata **pertinente** à sessão em que ocorrido mencionado julgamento.

Em suma: **não se darão cópias** de notas taquigráficas **não** revisadas, **pertinentes** aos votos **e** intervenções dos Ministros que houverem participado do julgamento da causa, **sem que tal importe** em ofensa ao direito de petição (**CF**, art. 5º, **inciso** XXXIV), **exceto** se – **ressalvado** o cancelamento tempestivo de tais manifestações **pelo próprio** Ministro que as houver proferido – **referidas** notas taquigráficas **não forem** por ele devolvidas **no prazo** regimental (**RISTF**, art. 96, § 4º e § 5º).

Nem se diga, ainda, que a norma regimental em questão **qualificar-se-ia** como espécie **destituída** de idoneidade jurídica para veicular a prescrição em causa.

Mesmo que se pudesse admitir tal objeção, **ainda assim não assistiria razão** à parte ora recorrente, pois, **como se sabe**, a norma em referência, **embora** formalmente regimental, **qualifica-se** como prescrição de caráter **materialmente** legislativo, **eis que editada** pelo Supremo Tribunal Federal **com base em poder normativo primário** que lhe foi **expressamente** conferido pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "**c**").

Não se pode desconhecer **que o Supremo Tribunal Federal**, no regime constitucional anterior, **dispunha**, excepcionalmente, **de competência** para estabelecer, **ele próprio**, normas de direito processual em seu regimento interno, **não obstante fosse vedado**, aos **demais** Tribunais judiciários, o exercício dessa **mesma** prerrogativa, cuja prática – **considerado** o sistema institucional de

divisão de poderes – **incumbia**, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (**RTJ** 54/183 – **RTJ** 69/138, ***v.g.***).

Essa **excepcional** competência normativa primária **permitiu**, ao Supremo Tribunal Federal – **observados** os limites fixados pela Carta Política **então** vigente (**CF/69**, art. 119, § 3º, "**c**") –, **prescrever**, em sede **formalmente** regimental, normas de caráter **materialmente** legislativo (**RTJ** 147/1010 – **RTJ** 151/278-279 – **RTJ** 190/1084):

> (...) – **O Regimento Interno** do Supremo Tribunal Federal (**RISTF**) **e** as normas de direito processual **dele** constantes – Preceitos **materialmente** legislativos – **Regras processuais** (**como** a do art. 317 do RISTF) **editadas** pelo STF, **com fundamento em poder normativo primário** atribuído a esta Suprema Corte pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "**c**") – **Recepção** – **Precedentes** (**RTJ** 147/1010 – **RTJ** 151/278-282 – **RTJ** 190/1084-1088) – **Doutrina**.
> (**RE 382.939-EDv-AgR/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

Impende registrar, finalmente, **tal como** esta Suprema Corte **tem advertido** em seu magistério jurisprudencial (**RTJ** 153/497-498), que "***A mera invocação** do direito de petição, por si só, **não basta** para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal (...)*" (**AI 267.892-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que o direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, "**a**", da Constituição, **não pode** ser invocado, **genericamente**, para **exonerar** qualquer das partes **do dever de observar**, em sede processual, as exigências, os pressupostos **e** os requisitos **fixados** pela legislação comum **e** pelos regimentos internos dos Tribunais em geral.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em consequência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 406.432-AgR-ED-AgR/PI — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: J. Matias Melo (Advogado: Joaquim Matias Barbosa Melo). Agravado: Estado do Piauí (PGE/PI – João Emílio Falcão Costa Neto).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 27 de março de 2007 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 — MG

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta, representada por Elizabeth Alves Cabral — Agravados: Edson Vander de Souza e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG

União civil entre pessoas do mesmo sexo – Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas – Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) – O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família – O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana – Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade – Princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero – Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil – O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão – 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 – O dever constitucional do Estado de impedir (e, até mesmo, de punir) "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (CF, art. 5º, XLI) – A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo – Recurso de agravo improvido.

Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual.

– Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto 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.

Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar.

– O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (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) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, 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.

– 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.

– Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna.

– O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade.

– 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, 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. Doutrina.

– O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado 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.

– Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado.

A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias.

– A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

– Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

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. Participou deste julgamento o Ministro Luiz Fux, convocado

(RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 16 de agosto de 2011 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de recurso de agravo, tempestivamente interposto, por Carmem Mello de Aquino Netta, **representada** por Elizabeth Alves Cabral, **contra** decisão **que**, **ao conhecer e ao dar provimento** ao apelo extremo **deduzido** por Edson Vander de Souza, **reconheceu a existência** *de união estável homoafetiva* entre este **e** o pai da ora recorrente.

A decisão, *por mim proferida*, **está assim ementada** (fls. 425/426):

> ***UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL*** *DO RECONHECIMENTO* ***E*** *QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR:* ***POSIÇÃO CONSAGRADA*** *NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (****ADPF*** *132/RJ* ***E ADI*** *4.277/DF).* ***O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL****:* ***A VALORIZAÇÃO*** *DESSE NOVO PARADIGMA* ***COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA****. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE,* ***VERDADEIRO*** *POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO* ***E EXPRESSÃO*** *DE UMA IDEIA-FORÇA* ***QUE DERIVA*** *DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.* ***PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA*** *(2006)****: DIREITO*** *DE QUALQUER PESSOA* ***DE CONSTITUIR*** *FAMÍLIA,* ***INDEPENDENTEMENTE*** *DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL* ***OU*** *IDENTIDADE DE GÊNERO.* ***DIREITO*** *DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA,* ***À PERCEPÇÃO*** *DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL.* ***O ART. 226****, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL* ***CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO****. 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****. RECURSO EXTRAORDINÁRIO* ***CONHECIDO E PROVIDO****.*

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **apoiando-se**, *em essência*, **nos seguintes fundamentos** (**fls. 445/447**):

> ***A tese*** *do "direito à felicidade" não pode se sobrepor à lei vigente, na medida em que cada um tem uma visão do que é esse subjetivo estado de euforia que está na metafísica. (...).*
>
> ***Quanto à Constituição*** *garantir o afeto entre pessoas – e logo o Supremo seria o agente dessa garantia – é uma abstração, não está na Física.* ***Garantir o afeto*** *de uma pessoa a outra não se consubstancia no mero pagamento de pensão. (...).*

Quanto ao direito *de constituir família* ***independentemente*** *de orientação sexual* ***cabe ao Legislativo*** *implementar leis nesse sentido.* ***Do contrário é fazer****, do magistrado,* ***legislador*** *e juiz ao mesmo tempo,* ***o que****, com a independência que deve existir entre os Poderes,* ***seria impensável*** *em um Estado que se diz de Direito.*

Quanto ao poder do Supremo *de ir contra a maioria e de que o art. 226 é norma "em aberto",* ***observa-se*** *que a decisão ora atacada está fundamentada no poder do Supremo de interpretar a Constituição como seus ilustres e preclaros ministros entenderem, mas se tal circunstância, que é verdadeira aliás, não tiver os devidos temperos, estarão como se investidos de poder constituinte, que pertence ao povo por meio de seus representantes, que estão no Legislativo e não no Judiciário.*

No que se refere *"a submissão do Brasil aos princípios de YOGYAKARTA", eles foram estabelecidos por juristas defensores de direitos humanos, que não representavam Estados e se encontraram naquela cidade da Indonésia.* ***Tais princípios*** *não obrigam o Judiciário, estando a cargo do Legislativo emitir as leis que garantam as ideias ali inseridas, (...).*

Quanto ao Poder Judiciário *não se fechar às transformações sociais, e aceitá-las mesmo que inexista lei que vá ao encontro delas,* ***caberia****, salvo melhor juízo,* ***ao Congresso Nacional interpretar*** *essas mudanças e colocá-las na lei positiva. (...).*

(...). ***Somente*** *a lei* ***ou mesmo emenda*** *à CF* ***poderia dar legitimidade*** *ao que ora pretende o agravado, ou seja, homem receber pensão de homem com quem teria vivido em "relação homoafetiva".*

Sobre a decisão recente *desse Tribunal que iria ao encontro do que deseja o agravado,* ***há que se observar*** *que quando se descortinou o presente caso* ***não existia*** *a decisão que o ilustre Relator menciona.* ***Então****, seguindo a argumentação do preclaro Relator há que se mudar decisões em contrário já consolidadas.* ***Essa novel posição*** *do Supremo, trazida por esses novos ares de liberdade quase que incondicional,* ***não pode alcançar****, e mudar,* ***os costumes reinantes*** *quando do óbito do instituidor do benefício perseguido pelo agravado.*

(**Grifei**.)

Sendo esse o contexto, **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, **inexistindo**, *por isso mesmo*, **motivo que justifique** o acolhimento da postulação recursal em causa.

Com efeito, **tal como ressaltado** na decisão ora agravada, **trata-se** de recurso extraordinário **interposto** contra decisão, que, **proferida** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (**fl. 336**):

(...) ***Benefício previdenciário. Direito de família inocorrente. Possibilidade jurídica*** *do pedido presente.* ***Legitimidade*** *ativa "ad causam" patenteada.* ***Pensão por morte de segurado. Relação homoafetiva. Ausência de lei específica. Benefício inexistente. Sentença reformada****. (...) 2.* ***Pleiteado benefício previdenciário,*** *a matéria* ***não é*** *de direito de família.* ***Logo****, a competência* ***é mesmo*** *de vara especializada da Fazenda Pública e Autarquias. (...) 6.* ***A Constituição da República de 1988 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar****. 7.* ***Ainda que a ordem jurídica brasileira tenha evoluído*** *quanto ao conceito de entidade familiar,* ***tal evolução não incorporou a união homossexual ou homoafetiva****. 8.* ***A concessão*** *do benefício previdenciário* ***depende*** *da edição de lei específica (...).* ***No caso*** *do Estado de Minas Gerais, a legislação* ***não ampara*** *a concessão de benefício previdenciário* ***decorrente de relação homoafetiva****. (...) 12.* ***Sentença reformada*** *em reexame necessário (...).*

(**Apelação Cível 1.0145.02.012887-5/001**, Rel. Des. CAETANO LEVI LOPES – **Grifei**.)

A parte ora recorrida (Edson Vander de Souza) **insurgiu-se** contra esse julgamento, **invocando**, *dentre outros fundamentos constitucionais*, **a possibilidade** de qualificar-se, *como entidade familiar*, **a união estável homoafetiva**, **cujo reconhecimento** – *segundo foi sustentado* – **mostrar-se-ia** *plenamente compatível* com o que dispõe **o § 3º** do art. 226 da Constituição da República.

Ao proferir a decisão ora agravada, **observei**, *então*, que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **recentíssimo** julgamento, **ao apreciar a ADPF** 132/RJ **e a ADI** 4.277/DF, **ambas** de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO, **reconheceu**, *como entidade familiar*, a 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 haver proclamado**, *com idêntica eficácia vinculante*, que os **mesmos** direitos **e** deveres dos companheiros nas uniões estáveis *heteroafetivas* **estendem-se** aos companheiros na união estável entre pessoas **do mesmo** sexo (**Informativo/STF 625**).

Ao assim decidir a questão, **o Pleno** desta Suprema Corte **proclamou 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.

Esta Suprema Corte, **ao proferir** referido julgamento, **viabilizou** *a plena realização* **dos valores** da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que**

representam fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática, *tornando efetivo*, assim, **o princípio** da igualdade, *assegurando respeito* à liberdade pessoal **e** à autonomia individual, *conferindo primazia* à dignidade da pessoa humana, *rompendo* paradigmas históricos, culturais e sociais **e** *removendo obstáculos* que, *até então*, **inviabilizavam a busca da felicidade** por parte de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório.

Com tal julgamento, **deu-se um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado**, *injustamente*, grupos minoritários em nosso País, **permitindo-se**, *com tal orientação jurisprudencial*, **a remoção** de graves obstáculos que, *até agora*, **inviabilizavam** a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente justa*, *plenamente legítima* **e** *democraticamente inclusiva*.

Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (**ADI 3.300-MC/DF**), **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.

Cabe destacar, *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, Sétima 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**.)

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 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 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 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**" 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, *v.g.*).

Desse modo, **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.*

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 (**Código Civil**, art. 1.723), **representa** 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.

Impende considerar, neste ponto, *o afeto* como valor jurídico **impregnado** de natureza constitucional, **em ordem a valorizar** *esse novo paradigma* como núcleo conformador *do próprio conceito de família*.

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 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 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 3.2.1, 2008, Atlas; MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "**Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**", p. 10/12, item 1.5.2, 2008, Saraiva; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "**Manual da Homoafetividade**", p. 220/221, item 2.5.3, 2008, Editora Método, *v.g.*).

Também o eminente Professor (**e ilustre** membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO ("**Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**", "*in*" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen Juris) *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**.)

Tenho por fundamental, *ainda*, **na resolução** do presente litígio, **o reconhecimento** de que assiste, *a todos*, **sem** qualquer exclusão, *o direito à busca da felicidade*, **verdadeiro** postulado constitucional implícito, **que se qualifica** como expressão *de uma ideia-força* **que deriva** do princípio *da essencial dignidade* da pessoa humana.

Já enfatizei, *em anteriores decisões*, **que o reconhecimento** da união homoafetiva como entidade familiar **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 WOLFGANG 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 ac. 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.

É preciso *também não desconhecer*, **na abordagem jurisdicional** do tema ora em exame, **a existência** *dos Princípios de Yogyakarta*, **notadamente** daqueles **que reconhecem** o direito de constituir família, *independentemente* de orientação sexual **ou** de identidade de gênero.

Entendo que a pretensão recursal ora em exame **não só conflita** com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, **mas diverge**, *por igual*, dos *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**.)

Cumpre observar, *ainda*, **no tocante** à interpretação (*meramente literal*) de que o **§ 3º** do art. 226 da Constituição Federal *desautorizaria* a postulação recursal extraordinária por mim acolhida **e** ora impugnada, *que não vislumbro*, no texto normativo da Constituição, **quanto** ao reconhecimento da proteção estatal às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, **a existência** *de lacuna voluntária* **ou** *consciente*

(NORBERTO BOBBIO, "**Teoria do Ordenamento Jurídico**", p. 43/145, item 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação *evidenciaria* a existência de "*silêncio eloquente*" **capaz** *de comprometer* a interpretação (*que tenho por absolutamente correta*) **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**.)

Cabe registrar, *finalmente*, **que os precedentes** a que me referi **no início** deste voto (**ADPF** 132/RJ **e ADI** 4.277/DF) **refletem**, *com absoluta fidelidade*, **a função contramajoritária** que, *ao Supremo Tribunal Federal*, **incumbe desempenhar** no âmbito do Estado Democrático de Direito, **em ordem a conferir** *efetiva proteção* às minorias.

Trata-se, *na realidade*, **de tema** que, *intimamente associado* ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que compete a esta Suprema Corte exercer **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.

Esse particular aspecto da questão **põe 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.

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* (*inaceitável*) *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.

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.*).

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, **pois ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

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 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

Em conclusão: **o exame** da **presente** causa **evidencia** que a decisão ora questionada **ajusta-se** à orientação jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou** na análise da matéria em referência.

Sendo assim, em face das razões expostas, **e considerando**, *fundamentalmente*, os valiosos precedentes que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou na matéria (**ADPF** 132/RJ **e ADI** 4.277/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO), **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, *em consequência*, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 477.554-AgR/MG — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta, representada por Elizabeth Alves Cabral (Advogado: Noé Alexandre de Melo). Agravados: Edson Vander de Souza (Advogada: Edith Cristina Alves Demian) e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG (Advogado: Alexandre Valadares Passos).

Decisão: Negado provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Participou deste julgamento o Ministro Luiz Fux, convocado (RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, convocado nos termos do art. 41, RISTF, para compor o *quorum*. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 16 de agosto de 2011 — Karima Batista Kassab, Coordenadora.

REPERCUSSÃO GERAL POR QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.937 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Fernando Correa de Oliveira — Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

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, vencido o Ministro Marco Aurélio, reconhecer a existência de repercussão geral, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e dar provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Carlos Britto.

Brasília, 19 de novembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca da Capital/RJ e assim ementado:

> *Apelação – Juizado especial: desacato. Prova suficiente. Imparcialidade do juiz. Prova ilícita. Apelo improvido*. 1. Vítima Magistrado que no exercício de suas funções e em razão dela foi desacatado. 2. O acusado procedeu com dolo de desprestigiar, menosprezar, diminuir a vítima, funcionário público, na sala de audiência em processo criminal em que o acusado figurava como réu. 3. Imparcialidade do Juiz sentenciante o qual apenas fundamentou sua sentença com análise do comportamento do acusado em audiência. 4. Prova obtida por meio ilícito, a qual só poderia ser utilizada se fosse o único meio de defesa do acusado. 5. Dosimetria correta. 6. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. 7. Apelo improvido.
> (Fl. 8.)

Ao recorrente foi imputada a prática do crime de desacato, que teve como ofendido o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Gonçalo/RJ, durante audiência judicial.

No curso da instrução, a defesa requereu a juntada de degravação de material produzido pelo réu e consistente em gravação ambiental da audiência em que se deram os fatos. O pedido foi indeferido pelo Juízo de primeiro grau.

O recorrente foi, por fim, condenado, nos termos da denúncia, à pena de um ano de detenção, em regime aberto, substituída aquela por pena restritiva de direitos. Interposta apelação pela defesa, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da comarca da Capital/RJ negou-lhe provimento sob argumento de que, "quanto ao indeferimento da degravação de um CD, no qual consta a gravação feita pelo próprio acusado da audiência em que ocorreu o entrevero, tenho que tal prova é ilícita. Não há nenhuma garantia sobre o material produzido unilateralmente" (fl. 9).

Alega o recorrente violação aos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos X, LIV e LV, da Constituição Federal, sustentando ser lícita tal prova produzida pelo réu, representada por gravação ambiental, pois "as audiências criminais são públicas, não havendo qualquer objeção legal para sua gravação, ou qualquer menção nos autos que pudessem sugerir a decretação do segredo de justiça" e que "não existe no ordenamento qualquer limitação para gravação de colóquio interpessoal, em ambiente público, mesmo que clandestina ou sem conhecimento da gravação pelo outro interlocutor" (fls. 20-21).

Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do CPC. Argui, em síntese, que a questão dos autos ultrapassaria os interesses subjetivos da causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.

A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como Relator, proferi no julgamento do RE 402.717 (*DJE* de 13-2-2009), e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:

> Como longamente já sustentei alhures[1], não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conheci-

[1] TJSP, Segunda Câmara de Direito Privado, Ag. Inst. 257.223.

mento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.

Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há ideia de subtração (< *interceptus* < *intercipere* < *inter* + *capere*), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.

A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como *proprium* dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prende, na origem, à vulnerabilidade material relativa de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restrito ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em tais condutos comunicativos, certa promessa de privatividade das interlocuções, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (*privacy*) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta, esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o ordenamento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia.

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentes.

Diz-se com efeito:

> "O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deve ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na comunicação entre elas (...) o objeto protegido pelo inciso XI do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação."[2]

[2] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo das operações de instituições financeiras. *Revista do IASP*, n. 9/162.

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana,[3] nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. Nesse sentido, já se ponderou:

> "Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém a produza, digamos, por meio de gravação de conversas telefônicas, seria, a meu sentir, o mal maior."[4]

A objeção, consistente, é que, sendo sempre limitado pelas regras de exclusão, o direito à prova não basta por justificar a admissibilidade processual da eficácia da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, antes de se lhe demonstrar a licitude, porque, no confronto com outros direitos, não se poderia, sem tal demonstração prévia, excluir nunca qualquer prova ilícita, que fosse a única possível no caso concreto.[5]

Mas, com não ser ilícita à luz da Constituição, como já se viu, tampouco o é no plano das normas subalternas, a cujo propósito soam irrespondíveis estas razões do voto vencedor do Min. **Eduardo Ribeiro**, no **REsp 9.012**:

> "Cuida-se da utilização, como prova, de gravação de conversa telefônica mantida pela autora com testemunha chamada a depor no processo. Inquina-se o meio empregado de moralmente ilegítimo, vedado, pois, seu uso, como resulta do disposto no art. 332 do Código de Processo Civil."
>
> Importante frisar que não se trata da interceptação da conversação alheia, hipótese do RE 85.439 de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 84/609). No caso em exame a prova foi apresentada por um dos interlocutores.
>
> Tenho para mim que inexiste a pretensa ilegitimidade. Ilícita é a gravação de conversa alheia, o que envolve mesmo a prática de crime. Nenhum impedimento existe, entretanto, a que um dos participantes da mesma queira resguardar-se, mediante o registro fonográfico e, salvo justificáveis exceções, dele se utilize como prova.
>
> Dir-se-á que, de um modo ou outro, se estará violando o sigilo garantido às comunicações telefônicas. O argumento, que já vi lançado, prova,

---

[3] Esta é a razão por que, em formal e expressa concordância com o ponto de vista aqui sustentado de que não caracteriza *interceptação* "a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes", a doutrina só vê ilicitude, até de cunho penal (art. 153 do CP), quando a divulgação da conversa seja despida de *justa causa* e, como tal, se equipare à divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência, e que possa produzir dano – subentenda-se, injusto – a outrem (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. SP: RT, 2001. p. 198-199).

[4] Do voto vencedor do Min. *Nilson Naves*, no *REsp. 9.012/RJ*.

[5] Cf. AVOGLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas* – interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. SP: RT, 1999. p. 139.

entretanto, demais. A acolhê-lo, seria mister reconhecer que vedado aos próprios interlocutores revelar o conteúdo da conversa, o que parece absurdo. Entretanto, se se admite possa um deles transmiti-lo a terceiro, não se vislumbra porque não lhe seja dado demonstrar, mediante o registro feito, que está a dizer a verdade.

Não vejo a diferença que possa haver, quanto à legitimidade do meio, entre a divulgação de conversa mantida por telefone e a que se faz pessoalmente. Ora, não será possível a alguém comprovar o respectivo conteúdo, por meio do testemunho de um terceiro que estivesse presente? Por que, então, ter como ilegítimo valha-se de um meio mais seguro que é a gravação?

Considero que, em regra, quando alguém mantém determinada conversação, seja pessoalmente, seja com o uso de meios eletrônicos, arrisca-se a ver a mesma divulgada, o que configurará, quando muito, uma inconfidência, cujo grau de censurabilidade não chega a tornar ilícita a prova.

Note-se que o sigilo da correspondência é igualmente resguardado. Entretanto, seu uso como prova, ainda sem permissão do autor, é expressamente autorizado por lei (Lei 5.988/1973, art. 33, e Código de Processo Penal, art. 233, parágrafo único)...

Existem, é certo, exceções, algumas delas constituindo mesmo crime (Código Penal, artigos 153 e 154). Não, se admitirá a divulgação sem justa causa, de fatos que digam com a privacidade das pessoas. Caberá ao juiz avaliar. Generalizar a proibição é que não me parece adequado.

Em suma, o que não se tolera é a indevida escuta de conversa telefônica alheia, como não se admite a violação de correspondência. Não, a divulgação por quem participou de uma, ou foi o destinatário da outra. E se a divulgação, em regra, é tolerável, mais faça de modo a garantir a fidelidade ao que efetivamente ocorre."

O que, em resumo, se sustenta é que, tida acaso por ilícita, em caráter absoluto, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, debaixo do pretexto de, em última instância, constituir também violação do sigilo garantido às comunicações telefônicas, então deveria predicar-se igual restrição ou interdição jurídica ao campo retórico da prova oral, embora a custo do seu completo e absurdo aniquilamento.

É que assim os depoimentos pessoais, como os testemunhais soem exprimir o conteúdo de conversas entretidas, pelas partes e testemunhas, entre si, ou com outras pessoas, significando sempre, nesses casos, reprodução e divulgação do conteúdo da conversa entre presentes, ou até mantida por via telefônica, de um dos interlocutores, sem prévio assentimento ou conhecimento do outro, com resultado prático idêntico ao da semelhante revelação do teor de comunicação telefônica gravada, e, como tal, suscetível de idêntico juízo teórico de reprovabilidade jurídica. Que diferença há, para fins de justificação da existência de suposto dever de sigilo que recairia também sobre os próprios interlocutores, entre conversa mantida por telefone e a que se dá entre presentes? Ambas guardam a mesma particularidade de serem, enquanto estão ocorrendo, comunicações instantâneas, fugidias e desprovidas de vestígios materiais. E, qualquer que seja a modalidade ou o meio técnico usado para tanto, a revelação de uma em nada difere da revelação da outra, de modo que seria absurdo encontrar ilicitude num caso e licitude noutro.

Ao depois, se a ninguém jamais ocorreu descobrir ilicitude à reprodução, nos depoimentos judiciais de partes e de testemunhas, do relato de conversas telefônicas desvestidas de sigilo ou reserva legal, em que a parte, ou a testemunha, tenha sido

um dos interlocutores, seria despropósito jurídico não menor impedir à parte, ou à testemunha, que demonstre, por meio de gravação, a fidelidade da versão licitamente apresentada ao juízo por via oral. Ou seja, não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado. Se é lícito, ou se não é, antes, dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é-o *a fortiori* trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro!

Não é tampouco exato que esta Corte tenha, alguma feita, assentado coisa diversa. No famoso caso da **AP 307**, a ementa oblitera e trai o sentido da decisão incidental sobre o tema, a cujo respeito se limitou o Tribunal a reconhecer ilicitude à degravação do que se continha em disco apreendido sem as formalidades legais.[6] Noutros, negou valor a interceptação clandestina,[7] ou à que fizera a polícia, com autorização judicial, mas antes do advento da Lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996.[8] Tais precedentes foram, aliás, reexaminados, pelo colendo Plenário, que, embora contra dois ilustres votos, proclamou com nitidez a distinção entre interceptação clandestina, objeto da vedação constitucional, e gravação clandestina, que é a realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, a qual é prova lícita.[9] Do voto do Min. **Carlos Velloso**, nesse precedente, consta:

> "A Constituição, no ponto, está a proibir a interceptação das comunicações telefônicas. É dizer: terceiro intercepta conversa, pelo telefone, de duas outras pessoas. Como não há direitos absolutos, esse direito cede ao interesse da justiça, ao interesse social e ao interesse público. Portanto, essa proibição sofre exceção. A lei estabelecerá os casos em que isso será possível.
>
> No caso, Sr. Presidente, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, inciso XII. Em voto que proferi nesta Casa, lembrado pelo eminente Ministro Relator, Inquérito 657 – caso 'Magri' –, sustentei a tese no sentido de que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa.

Não menos explícito e minucioso foi, aí, o voto do Min. **Sepúlveda Pertence**:

> "Volta à Mesa uma questão que tem sido aventada diversas vezes no Plenário e nas Turmas: o da compreensão, ou não, no art. 5º, XII, da Constituição Federal, relativo ao sigilo de correspondência e, por extensão, ao sigilo das comunicações telefônicas, das gravações de conversa telefônica por um dos interlocutores.
>
> De minha parte, diversas vezes, entre elas na Ação Penal 307, deixei claro que, com todas as vênias dos que pensam em contrário, a gravação por um dos interlocutores da conversa mantida com outrem nada tem a ver com o art. 5º, XII, que protege o sigilo de comunicações telefônicas, assim como protege o sigilo de correspondência escrita na troca de cartas.

---

6 Cf. *RTJ 162/3* e, em especial, p. 244-245.

7 *RTJ 122/60.*

8 Pleno, *HC 69.912/RS*, Rel. p/ o ac. Min. *Carlos Velloso*, *DJ* de 26-11-1993. É bom observar que, por impedimento de um dos ministros, tal acórdão acabou cassado, em mandado de segurança não conhecido, mediante ordem de ofício de *habeas corpus*, tendo sido rejulgado o caso (cf. *HC 69.912-0-RS*, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 25-3-1994).

9 HC 75.338-8/RJ, Rel. Min. *Nelson Jobim*. In: *RTJ 167/206-222*.

A meu ver, o problema há de ser enfrentado – fazendo abstração da inovação tecnológica da telecomunicação – de acordo com os mesmos princípios da carta missiva, objeto do art. 33 da Lei 5.988/1973, chamada 'Lei dos Direitos Autorais', diz:

'Art. 33. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mais podem ser juntadas como documento, em autos oficiais.'

O art. 5º, XII – creio desnecessário demonstrá-lo e já o fez, aliás, há pouco, o Ministro Carlos Velloso –, protege os interlocutores da ciência, por terceiro, 'à sorrelfa', mediante a chamada interceptação telefônica, do que entre os dois se conversou. Nada mais do que isso. Ali não se contém proibição de que um dos interlocutores faça a prova da conversa de que participou: então o que pode incidir é outro tipo de proibição – por exemplo, e aí o único reparo a fazer ao voto anterior – não apenas de ordem moral, mas – o eminente Ministro Relator já o lembrara de ordem jurídica, como as decorrentes dos deveres explícitos de sigilo que atingir a gravação, não por ter sido gravada, e sim por ter sido revelada a outrem: é o caso do advogado, do médico, do confessor. E até em outras relações não explicitamente protegidas com a obrigação legal do sigilo, quando se possa invocar, na revelação da conversa e, *a fortiori*, na sua gravação, traição a deveres nascidos da esfera da intimidade em que se tenha passado: aí vem à tona outra garantia individual, a que protege a intimidade e impõe reserva a todos que dela participem."

Nesse sentido firmou-se a jurisprudência da Corte, como se tira a limpo a estoutros precedentes:

"*Constitucional. Penal. Gravação de conversa feita por um dos interlocutores: licitude. Prequestionamento. Súmula 282/STF. Prova: reexame em recurso extraordinário: impossibilidade*. Súmula 279/STF. I – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III – A questão relativa às provas ilícitas por derivação – *the fruits of the poisonous tree* – não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282/STF. IV – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279/STF. V – Agravo não provido."

(**AI 503.617-AgR**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 4-3-2005.)[10]

"*Gravação de conversa. Iniciativa de um dos interlocutores. Licitude. Prova corroborada por outras produzidas em juízo sob o crivo do contraditório*. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido."

(**RE 402.035-AgR**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 6-2-2004.)

"Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o

[10] *RTJ 195/363*.

conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, Primeira Turma, 10-6-1997)." (**HC 75.261**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 22-8-1997.)[11]

É o que bastaria à subsistência da decisão ora impugnada.

Mas o caso apresenta ainda circunstância muito para advertir. É que o ora recorrido, na condição de investigado em inquérito policial, juntou aos autos deste gravações clandestinas de conversas nas quais figurou como interlocutor, para efeito de fazer prova de sua alegada inocência quanto ao suposto delito investigado que se lhe imputaria. Tais elementos materiais não podiam, sob pretexto de ilicitude, ser desconsiderados nas investigações, pela razão breve, mas decisiva, de que seu uso, no inquérito ou no processo, corresponde ao exercício de ônus que constitui típico poder jurídico inerente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, elementares do justo processo da lei (art. 5º, LIV e LV, da CF).

De modo que ainda quem professe tese da ilicitude da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, terá, neste caso, onde seu uso, tido por excepcional *ad argumentandum*, seria legitimado por normas constitucionais, de lhe reconhecer, quando menos, caráter de causa excludente de injuridicidade da ação e análoga à da legítima defesa. É o que já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso do teor de conversa telefônica por quem alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia a gravação feita por terceiro com autorização do outro:

> "1. A hipótese, no caso, não é propriamente da utilização de interceptação telefônica, mas, sim, da utilização de gravação feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.
>
> Pretende-se, no presente *habeas corpus*, que se declare ilícita prova assim obtida, sem autorização judicial, por quem alega ser vítima de crime por parte do interlocutor que desconhecia essa gravação.
>
> 2. Não têm razão os impetrantes.
>
> Para a demonstração de que prova desse modo, produzida, independentemente de autorização judicial, é lícita, basta considerar que, nos países em que a legislação prevê o crime de violação da intimidade, inexiste a conduta típica se houver causa excludente da antijuridicidade da ação. Assim, na Alemanha o § 298 do Código Penal, na redação da Lei de 22-12-67, introduziu, para a proteção da intimidade das pessoas, o crime de abuso da gravação e da interceptação de som por aparelhos (*Missbrauch von Tonaufnahmeund Abhörgeräten*), sendo que deixa de haver esse crime se ocorre em favor do acusado qualquer das causas de exclusão da ilicitude, como – e a observação é de *Peter-Preisendanz* (*Strafgesetzbuch*, 27. ed., § 298, p. 520, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1971) – 'a legítima defesa, por exemplo, para o impedimento de uma extorsão ou de outro fato delituoso' ('*Notwehr, z. B. zur Verhinderung einer drohenden Erpressung oder anderen Straftat*'). No mesmo sentido, Welzel (Das Deutsche Strafrecht, 11. ed., § 45, III, p. 338, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969). Aliás, foi apoiado neste último autor que *Heleno Cláudio Fragoso* (*Lições de Direito Penal*, *Parte Especial* – arts. 121 a 212, n. 276, p. 255, 7. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983), aludindo ao crime de violação de intimidade em fórmula ampla previsto no art. 161 do Código

[11] *RTJ 163/759*.

Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, salientou que 'excluir-se-ia a antijuridicidade da ação, se houvesse legítima defesa ou outra causa de exclusão da ilicitude. Seria o caso de quem gravasse sub-repticiamente a exigência de quem pratica extorsão (Welzel, 45, III)'.

Estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição ('são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos') com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna) (...)"

(**HC 74.678**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 15-8-1997. Grifos do original.)

E, doutra feita, foi até mais longe, admitindo como princípio, em caso a que já fizemos referência,[12] o uso processual da gravação clandestina, realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, como *prova de acusação* de crime de exploração de prestígio por esse praticado. E, justificando a proposição de licitude dessa prova contra investida criminosa de um dos interlocutores, a título que corresponde a causa excludente de injuridicidade ou, *in nuce*, de justa causa, assentou:

"É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista."

(**HC 75.338**, Rel. Min. **Nelson Jobim**, Pleno.)

Igual coisa assentou a Corte, em caso ulterior, onde a gravação clandestina, aviada por um dos interlocutores, que era, aliás, representante do Ministério Público, foi tida como prova legítima do crime de corrupção ativa cometido pelo outro, que ignorava o registro da conversa. Da ementa expressiva consta:

"Prova criminal: gravação telefônica por um dos interlocutores de oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício seu: legitimidade. Não constitui prova ilícita a gravação por um dos interlocutores de conversa telefônica na qual lhe é feita proposta de suborno, configurando corrupção ativa: a hipótese nem configura interceptação de comunicação telefônica, nem implica violação da intimidade ou de dever jurídico de sigilo."

(**AI 232.123-AgR**, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence.**)[13]

No mesmo sentido, a Corte já se pronunciou reiteradamente: **AI 578.858**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJE* de 27-8-2009; **AP 447**, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJE* de 28-5-2009; **AI 666.459-AgR**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 29-11-2007; **HC 87.341**, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 3-3-2006; **AI 503.617-AgR**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 4-3-2005; **RE 402.035-AgR**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 6-2-2004; **HC 75.338**, Rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 25-9-1998; **Inq 657**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 19-11-1993; **RE 212.081**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 27-3-1998; *inter alia*).

2. Isso posto, nos termos do que decidiu o Plenário, em questão de ordem suscitada pelo Ministro **Gilmar Mendes** no julgamento do **RE 591.068**:

---

[12] Cf. supra, nota n. 9.

[13] *RTJ 168/1022-1025*.

a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso; e

b) reafirmo a jurisprudência firmada pela Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, e **dou provimento** ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, reporto-me ao voto proferido em caso que envolveu, se não me falha a memória, o então Ministro do Trabalho – Ministro Magri –, no qual houve a gravação, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Entendo que essa gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares realmente constitucionais, considerada a prova e, acima de tudo, a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato, que mantêm, portanto, um diálogo.

Não imagino que cheguemos ao ponto de ter de revistar alguém que peça uma audiência para manter contato sobre esta ou aquela matéria, visando a saber se porta, ou não, um gravador. Portando gravador e partindo para a gravação da conversa, adentra, a meu ver, campo contrário à boa-fé que deve ocorrer nas relações humanas, chegando a algo, sob a minha óptica, inconcebível.

Peço vênia para desprover o recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 583.937-QO-RG/RJ — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Fernando Correa de Oliveira (Advogados: DPE/RJ – Clóvis Botelho e DPE/RJ – Adalgisa Maria Steele Macabu). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Carlos Britto.

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

Brasília, 19 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 637.717 — GO

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Agravante: Estado de Goiás — Agravado: Laboratório Kinder Ltda.

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Multa. Caráter confiscatório. Precedentes.

1. O princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, também se aplica às multas. Precedentes: RE 523.471-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* de 23-4-2010 e AI 482.281-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 21-8-2009.

2. *In casu* o acórdão recorrido assentou: agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Multa prevista no art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual, o dispositivo perdeu sua eficácia e, consequentemente, os valores que nele sustentavam o título exequendo. Assim sendo, acolho a exceção de pré-executividade, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual frente ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal. Agravo conhecido e provido.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de março de 2012 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo *Estado de Goiás*, contra a decisão que prolatei às fls. 316-319, assim ementada, *verbis:*

Recurso extraordinário com agravo. Processual civil. Repercussão geral não examinada. Ausência de questão constitucional. Art. 323 do RISTF c/c art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal. Tributário. Multa. Caráter confiscatório. Precedentes.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexiste questão constitucional, não há como se pretender

seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).

2. O princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, também se aplica às multas. Precedentes: RE 523.471-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, *DJE* de 23-4-2010 e AI 482.281-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, *DJE* de 21-8-2009.

3. *In casu* o acórdão recorrido assentou:

"*Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Multa prevista no art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual*. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual, o dispositivo perdeu sua eficácia e, consequentemente, os valores que nele sustentavam o título exequendo. Assim sendo, acolho a exceção de pré-executividade, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual frente ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Agravo conhecido e provido."

4. Nego Seguimento ao agravo de instrumento.

Inconformado com a decisão supra, o agravante interpõe o recurso de fls. 322-328 alegando em síntese que:

(...) A própria decisão transcrita como paradigma contém trecho a indicar o juízo de proporcionalidade a ser realizado pelo julgador o que adota como parâmetro a natureza da infração praticada, bem como, o caráter pedagógico que as multas possuem.

Portanto, sustentar pela aplicação do princípio do não confisco às multas não implica em negativa do mérito do recurso de per si. Importante considerar que este mesmo excelso STF já julgou sucessivas vezes constitucionais a aplicação de multa tributárias que não implicam mitigação do princípio constitucional do não confisco.

Contudo, respeitosamente, não há como prosperar o entendimento do *decisum,* ora agravado, visto que esta Excelsa corte, já pacificou o entendimento de que a Constituição é a Lei Máxima a que todos os poderes devem se submeter, exigindo necessária harmonia das normas vigentes ante a norma Constitucional.
(Fls. 327-328.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A presente irresignação não merece prosperar.

O agravante, em suas razões de recurso, não traz argumentação capaz de desconstituir os fundamentos da decisão agravada.

Consoante apontado na decisão que se pretende reformar, o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Suprema corte, no sentido de que o princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, também se aplica às multas. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados, *verbis:*

Processual civil. Agravo regimental. Constitucional. Tributário. Multa. Vedação do efeito de confisco. Aplicabilidade. Razões recursais pela manutenção

da multa. Ausência de indicação precisa de peculiaridade da infração a justificar a gravidade da punição. Decisão mantida. 1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%. 3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiossincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
(RE 523.471-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. *Joaquim Barbosa, DJE* de 23-4-2010.)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Tributário. Multa punitiva. Vedação de tributação confiscatória. Art. 3º da Lei 8.846/1994. ADI 1.075-MC/DF. Eficácia erga omnes da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Agravo improvido. I – É aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Precedentes. II – Eficácia *erga omnes* da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, conforme disposto no art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999. III – Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. IV – Agravo regimental improvido.
(AI 482.281-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, *DJE* de 21-8-2009.)

Registre-se, por derradeiro, que os precedentes colacionados pelo agravante não se aplicam ao caso *sub examine*. Naqueles julgados a multa moratória foi fixada no percentual de 20% sobre o montante do tributo não recolhido, enquanto que no presente caso o fisco goiano pretende impor pena de 140%.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ARE 637.717-AgR/GO — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Estado de Goiás (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Goiás). Agravado: Laboratório Kinder Ltda. (Advogado: Uarian Ferreira da Silva).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de março de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL
NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 664.044 — MG

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Agravante: Banco Bradesco S.A. — Agravado: Dejair Luiz Silva

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual civil. Agravo interposto em face de decisão monocrática. Ausência de fundamentação. Princípio da dialeticidade. Inépcia. Inadmissibilidade do recurso extraordinário. Preliminar formal de repercussão geral. Ausência de fundamentação da preliminar de repercussão geral. Art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil c/c art. 327, § 1º, do RISTF.

1. A repercussão geral como novel requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário demanda que o recorrente demonstre, fundamentadamente, que a indignação extrema encarta questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.418/2006, *verbis*: O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência de repercussão geral).

2. A jurisprudência do Supremo tem-se alinhado no sentido de ser necessário que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei, conforme assentado no julgamento do AI 797.515-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 28-2-2011: "Ementa: agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Deficiência na fundamentação relativa à preliminar de existência de repercussão geral da matéria constitucional invocada no recurso. Intimação do acórdão recorrido posterior a 3-5-2007. De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, é insuficiente a simples alegação de que a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral. Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância – do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico – das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. A deficiência na fundamentação inviabiliza o recurso interposto".

3. Em relação à repercussão geral, o recorrente limitou-se a afirmar que "ao negar que inválida é a citação erroneamente endereçada e entregue à pessoa jurídica completamente distinta da recorrente, indiscutivelmente o v. acórdão afronta o art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal" (fl. 248). Por essa razão, o requisito constitucional de admissibilidade recursal não restou atendido.

4. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: Agravo regimental. Ausência de fundamentação. Princípio da dialeticidade. Inépcia. Não conhecimento. Vige em nosso ordenamento o Princípio da Dialeticidade segundo o qual todo recurso deve ser formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste a sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de março de 2012 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 244/248), que negou seguimento ao agravo sob o fundamento de que a preliminar de repercussão geral não foi devidamente fundamentada. A decisão agravada restou assim ementada:

Recurso extraordinário com agravo. Processual civil. Agravo regimental. Ausência de fundamentação. Princípio da dialeticidade. Inépcia. Admissibilidade do recurso extraordinário. Preliminar formal de repercussão geral. Ausência de fundamentação da preliminar de repercussão geral. Art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil c/c art. 327, § 1º, do RISTF.

1. A repercussão geral como novel requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário demanda que o reclamante demonstre, fundamentadamente, que a indignação extrema encarta questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.418/2006, *verbis:* "O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência de repercussão geral").

2. A jurisprudência do Supremo tem-se alinhado no sentido de ser necessário que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei, conforme assentado no julgamento do AI 797.515-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 28-2-2011:

"*Ementa: agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Deficiência na fundamentação relativa à preliminar de existência de repercussão geral da matéria constitucional invocada no recurso. Intimação do acórdão recorrido posterior a 3-5-2007.* De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, é insuficiente a simples alegação de que

a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral. Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. A deficiência na fundamentação inviabiliza o recurso interposto."

3. O recorrente limitou-se a afirmar que há repercussão, pois ao negar que inválida é a citação erroneamente endereçada e entregue à pessoa jurídica completamente distinta da recorrente, indiscutivelmente o v. acórdão afronta o art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

"*Agravo regimental. Ausência de fundamentação. Princípio da dialeticidade. Inépcia. Não conhecimento.* Vige em nosso ordenamento o Princípio da Dialeticidade segundo o qual todo recurso deve ser formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste a sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada."

5. Agravo a que se nega seguimento.

Nas razões de agravo regimental, o agravante postula a reconsideração da decisão agravada sob o argumento de que se apresentou preliminar formal e fundamentada de repercussão geral (fl. 258).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não assiste razão ao agravante.

A jurisprudência do Supremo tem-se alinhado no sentido de ser necessário que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei, conforme assentado no julgamento do AI 797.515-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 28-2-2011:

Ementa: agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Deficiência na fundamentação relativa à preliminar de existência de repercussão geral da matéria constitucional invocada no recurso. Intimação do acórdão recorrido posterior a 3-5-2007. De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, é insuficiente a simples alegação de que a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral. Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. A deficiência na fundamentação inviabiliza o recurso interposto.

Em que pesem os argumentos expendidos nas razões de agravo regimental, resta evidente que o agravante não trouxe nenhum fundamento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ex positis, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ARE 664.044-AgR/MG — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Banco Bradesco S.A. (Advogado: Reinaldo Luis Tadeu Rondina Mandaliti). Agravado: Dejair Luiz Silva (Advogado: José Edgard da Cunha Bueno Filho).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de março de 2012 — Carmen Lilian, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 684.418 — PR

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Agravante: União — Agravado: Escritório de Advocacia Irineu Codato S.C.

Recurso. Extraordinário. Preliminar. Demonstração da existência de repercussão geral. Inexigibilidade. Intimação do acórdão antes de 3-5-2007. Regulamentação regimental superveniente. Inaplicabilidade do Art. 543-A, § 2º, do CPC. Agravo regimental improvido. A exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da existência de repercussão geral, só incide quando a intimação do acórdão recorrido se tenha dado a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental 21.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

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

> Presentes os requisitos formais de admissibilidade, dou provimento ao agravo. Converta-se em recurso extraordinário.
>
> À Secretaria para reautuação e registro.

(Fl. 311.)

A parte recorrente alega que o recurso não pode ser conhecido, em razão da não demonstração, em preliminar, da existência de repercussão geral das questões constitucionais.

É o relatório.

VOTO

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

A Corte firmou entendimento de que a demonstração formal e fundamentada da existência de repercussão geral de questões constitucionais (art. 543-A,

§ 2º, do CPC) só é exigível para os recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados após 3-5-2007 (data da publicação da Emenda Regimental 21).

É o que se extrai da seguinte ementa:

> I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da Lei 11.418/2006 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular, o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades – referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros – que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 – que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição –, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a Lei 11.418/2006, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a Lei 11.418/2006 e a Lei 8.950/1994 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a Lei 8.038/1990, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o recurso extraordinário busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (CPC, art. 543-A, § 1º, incluído pela Lei 11.418/2006). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (CPC, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita "à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal" (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do recurso extraordinário, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da Lei 11.418/2006 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da Lei 11.418/2006, somente entraram em vigor no dia 3-5-2007 – data da publicação da Emenda Regimental 21, de 30-4-2007. 3. No art. 327 do RISTF foi inserida norma

específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada". 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007.
(AI 664.567-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6-9-2007.)

Na espécie, não obstante o recurso extraordinário ter sido interposto em 8-5-2007, o recorrente só foi intimado do teor do acórdão recorrido em 23-4-2007 (fl. 177), não se sujeitando, portanto, à exigência do art. 543-A, § 2º, do CPC.

2. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

AI 684.418-AgR/PR — Relator: Ministro Cezar Peluso. Agravante: União (Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). Agravado: Escritório de Advocacia Irineu Codato S.C. (Advogados: Hamilton José Cordova e outros).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 799.126 — RS

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Agravante: João Caiobi Braga da Silva — Agravada: Fundação Atlântico de Seguridade Social

Processual civil. Civil. Previdência privada. Fundação dos empregados da CRT. Devolução dos valores pagos. Restituição de reserva de poupança. Correção monetária. Agravo regimental no agravo de instrumento. Falta de peça obrigatória. Incidência da Súmula 288/STF.

1. A cópia integral do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* constitui peça essencial à formação do instrumento do agravo. Da mesma forma, o instrumento de agravo apresenta-se deficiente quando não traz à colação traslado de peça essencial à compreensão da controvérsia.

2. A cópia do acórdão recorrido significa seu inteiro teor, ou seja, relatório, voto e ementa. A falta de qualquer dessas partes enseja o não conhecimento do agravo, porquanto a completa formação do instrumento, com todas as peças obrigatórias é ônus processual do agravante. Precedente: AI 237.361-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-10-1999.

3. *In casu*, o agravante colacionou, de modo incompleto, o voto do acórdão recorrido, porquanto não juntou o relatório, que assim se tornou peça essencial à compreensão da controvérsia. Incide, no caso, o óbice do enunciado da Súmula 288/STF.

4. 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 agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de agravo regimental interposto por *João Caiobi Braga da Silva*, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC c/c art. 317 e parágrafos do Regimento Interno do STF, em face da decisão de fl. 700, prolatada pelo E. Ministro Eros Grau, que negou seguimento ao agravo de instrumento nos seguintes termos:

> Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário.
>
> 2. O recurso não merece conhecimento. O agravante deixou de trasladar peça essencial à formação do instrumento. Não consta dos autos cópia do inteiro teor do acórdão recorrido. Não tendo sido observado o disposto no art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, incide a Súmula 288 do STF.
>
> 3. Ademais, este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o ônus de fiscalizar a correta formação do instrumento é exclusivo do agravante (AI 237.361-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-10-1999).
>
> Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no art. 21, § 1º, do RISTF.

Em suas razões, sustenta o agravante que a decisão ora agravada merece reforma porque consta dos autos a cópia do inteiro teor do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A presente irresignação não merece prosperar.

Depreende-se da análise dos autos que o agravante não juntou, de forma adequada, documento obrigatório quando da formação do presente instrumento, qual seja, o inteiro teor do acórdão recorrido, haja vista que não juntou o relatório, que assim se tornou peça essencial à compreensão da controvérsia.

O recorrente deixou de trasladar peça essencial à formação do instrumento. Não consta dos autos a cópia do inteiro teor do acórdão recorrido. Incidindo, no caso, o óbice do enunciado da Súmula 288/STF, v*erbis:*

> 288 – Nega-se provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

Por oportuno, vale destacar preciosa lição do professor Roberto Rosas, in: *Direito sumular*, 14. ed., Editora Malheiros, qual seja:

> O Código de Processo Civil (art. 544, § 1º) indica as peças para a formação do agravo de instrumento. Não basta somente a conclusão do acórdão no traslado (despacho do Min. Oswaldo Trigueiro no Ag. 52.299, *DJU* 1-4-1971). O art. 544 do Código de Processo Civil impõe o traslado das peças principais. O STF ratificou essa Súmula, cabendo à parte o dever de vigilância na formação do instrumento (Ag. 64.869, *RTJ* 87/855). É importante atentar-se para o trabalho lúcido de Machado Guimarães, apoiando a tese de Orozimbo Nonato pelo abrandamento do contido nesta Súmula ("Instrumento de agravo. Peças necessárias", in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio, 1969, e *RF* 95; Marcos Afonso Borges, "Comentários" na *Revista Brasileira de Direito Processual* 17/130). A regra dessa Súmula não se aplica aos tribunais ordinários (RE 95.744, *RTJ* 101/1.317). Ver Lei 8.038, de 28-5-1990 (art. 28, § 1º). Essa Súmula foi reapreciada, mas mantida (Ag. 137.645-7, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio).

Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o ônus de fiscalizar a correta formação do instrumento é exclusivo do agravante (AI 237.361-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-10-1999).

Dessa forma, a ausência de peças obrigatórias e essenciais implica a falta de cumprimento de um dos requisitos de admissibilidade do recurso, que é a sua regularidade formal.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AI 799.126-AgR/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: João Caiobi Braga da Silva (Advogados: Dulce Maria Fávero e outros). Agravada: Fundação Atlântico de Seguridade Social (Advogados: Luiz Antonio Muniz Machado e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrPn Absolvição. (...) ***Habeas corpus.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Improcedência da ação: declaração de constitucionalidade. Eficácia *erga onmes* e efeito vinculante. *Quorum* mínimo de maioria absoluta: necessidade. Lei 9.868/1999, art. 23 e parágrafo único. ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. CF/1988, art. 103, IX. ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Perda parcial do objeto. Cronograma de aplicação escalonada do piso salarial de professor da educação básica: exaurimento. Lei 11.738/2008, arts. 3º e 8º. ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Petição inicial. Emenda anterior ao julgamento da liminar: admissibilidade. Lei originalmente impugnada: revogação. Lei nova: reprodução de normas da lei revogada. Causa de pedir: aproveitamento. ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Petição inicial: inépcia inocorrente. Norma de parâmetro: indicação. Relação de antagonismo: legislação impugnada e a Constituição Federal. Razões da pretensão: fundamentação. Reconhecimento da procedência do pedido: postulação. Âmbito material do julgamento: delimitação. ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Ct Ação direta de inconstitucionalidade: lei estadual em face da Constituição Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct Acesso direto a dados bancários pela Receita Federal: impossibilidade. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

PrPn Acórdão condenatório. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Advogado constituído: impedimento conhecido após o julgamento. (...) ***Defesa técnica.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Ct Afastamento da aplicação de lei por inconstitucionalidade: inadmissibilidade. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Cv Afeto: valor jurídico de natureza constitucional. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Pn Agente inimputável. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

PrCv ***Agravo de instrumento.*** Traslado deficiente. Cópia do relatório do acórdão recorrido: ausência. Formação do instrumento: ônus do agravante. Súmula 288 do STF. AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Ct Âmbito da consulta: população da área desmembrada e da área remanescente. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

PrSTF Âmbito material do julgamento: delimitação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

PrCv Ameaça de lesão ao direito: convolação em dano concreto. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Trbt Ano-calendário de 1992 e de 1993: período-base encerrado em 31 de dezembro de 1991. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

PrPn ***Apelação criminal.*** Nulidade inocorrente. Embargos infringentes: reconsideração de voto. HC 93.857 *RTJ* 220/396

Pn Apreensão e perícia da arma: prescindibilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

Adm Aprovação em concurso para a atividade notarial e de registro: pontuação semelhante às demais carreiras jurídicas. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Trbt Apuração semestral: faculdade conferida somente ao contribuinte optante pelo cálculo por estimativa no ano anterior. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

PrSTF Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Trbt Associação Mato-grossense dos Defensores Públicos (AMDEP). (...) ***Emolumentos.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrPn Audiência de inquirição de testemunha de acusação: réu preso ausente. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

PrPn Ausência: inocorrência. (...) ***Defesa técnica.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Autorização judicial: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

B

Trbt Bem incorpóreo. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

TrPrv ***Benefício previdenciário.*** Pensão por morte: possibilidade. União estável homoafetiva. CC/2002, art. 1.723: requisitos. RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Briga de galos. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

C

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Trbt Cálculo do imposto: fixação de critérios. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Adm Carga horária: percentual mínimo de um terço para dedicação às atividades extraclasse. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct ***Cargo eletivo.*** Vacância dupla: governador e vice-governador. Mandato eletivo residual. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa: votação nominal e aberta. CF/1988, art. 81, § 1º: reprodução não obrigatória. Lei estadual 2.154/2009/TO: medida cautelar indeferida. ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrSTF Causa de pedir: aproveitamento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Cv CC/2002, art. 1.723. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

TrPrv CC/2002, art. 1.723: requisitos. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Cv CF/1988, arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, XLI. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct CF/1988, art. 5º, X e XII. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

Ct CF/1988, arts. 5º, XXXIII, e 37, *caput* e § 6º. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

PrSTF CF/1988, art. 5º, XXXIV. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Pn CF/1988, art. 5º, XLVI. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Pn CF/1988, arts. 5º, XLVI, e 93, IX. (...) ***Pena-base.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Adm CF/1988, art. 5º, LIV e LV: ofensa. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Pn CF/1988, art. 5º, LIV e LVII. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrPn CF/1988, art. 5º, LVI. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

El CF/1988, arts. 14, § 10, e 56, § 1º. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Ct CF/1988, art. 18, § 3º e § 4º, redação da EC 15/1996: ofensa inocorrente. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

Ct CF/1988, art. 81, § 1º: reprodução não obrigatória. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrSTF CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Ct CF/1988, art. 103-B, § 4º, II. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Trbt CF/1988, arts. 146, III, e 155, § 2º, XII. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt CF/1988, art. 150, II. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Trbt CF/1988, art. 150, II. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt CF/1988, art. 150, IV: aplicabilidade. (...) ***Tributo.*** ARE 637.717-AgR *RTJ* 220/599

Trbt CF/1988, art. 150, IV, *d*: alcance. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

Trbt CF/1988, art. 155, II. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct CF/1988, art. 206, V e VIII. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct CF/1988, art. 225, § 1º, VII: ofensa. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Cv CF/1988, art. 226, § 3º: norma de inclusão. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Pn Circunstância atenuante genérica: irrelevância. (...) ***Pena-base.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

Ct Cláusula da reserva financeira do possível: inaplicabilidade. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

El Código Eleitoral/1965, arts. 105, § 1º e § 2º, 107, 108, 109, § 1º e § 2º, 112 e 215. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

El Coligação partidária: pessoa jurídica de existência efêmera. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

Ct Competência: limite. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrPn ***Competência criminal.*** Queixa-crime contra agente público: parlamentar não reeleito. Foro do domicílio ou residência do réu. Local da consumação do delito: inexatidão. CPP/1941, art. 72. Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

Ct ***Competência jurisdicional.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade: lei estadual em face da Constituição Federal. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct ***Competência legislativa.*** Estado-membro. Eleição indireta: regulamentação. Lei estadual 2.154/2009/TO: medida cautelar indeferida. ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Adm Complexidade e tempo de exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social: consideração. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Adm ***Concurso público.*** Remoção. Serviço notarial e de registro. Títulos: valoração. Complexidade e tempo de exercício da delegação em cidade de maior relevância econômico-social: consideração. Aprovação em concurso para a atividade notarial e de registro: pontuação semelhante às demais carreiras jurídicas. Decisão na ADI 3.522: ausência de descumprimento. Lei estadual 11.183/1998/RS, art. 16, I, X e XI. Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

PrPn Confissão posterior derivada da prova ilícita: contaminação. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

Ct ***Conselho Nacional de Justiça.*** Competência: limite. Natureza administrativa: apreciação da legalidade de atos administrativos. Afastamento da aplicação de lei por inconstitucionalidade: inadmissibilidade. CF/1988, art. 103-B, § 4º, II. MS 28.141 *RTJ* 220/253

Trbt Consolidação por estimativa: impossibilidade por inexistência de parâmetro para o cálculo. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Pn Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, art. 3º, § 4º, *c*. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

PrCv Cópia do relatório do acórdão recorrido: ausência. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Pn CP/1940, art. 33. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Pn CP/1940, art. 71. (...) ***Crime continuado.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn CP/1940, arts. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, e 117, IV. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489

Pn CP/1940, arts. 109, V, e 117, V. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Pn CP/1940, art. 157, § 2º, I. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

Pn CP/1940, art. 304: crime-meio. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrSTF CPC/1973, art. 543-A, § 2º. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

PrSTF CPC/1973, art. 543-A, § 2º: inaplicabilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

PrPn CPC/1973, art. 543-B, § 3º. (...) ***Prova criminal.*** RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

PrPn CPP/1941, art. 72. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

PrPn CPP/1941, art. 252. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

PrPn CPP/1941, art. 392. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Pn ***Crime continuado.*** Inadmissibilidade. Latrocínio e roubo: bens jurídicos distintos. CP/1940, art. 71. HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn Crime hediondo: regime inicial fechado. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Int Crime político: não caracterização. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Trbt Critério objetivo: razoabilidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrSTF Cronograma de aplicação escalonada do piso salarial de professor da educação básica: exaurimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt ***Custas e emolumentos.*** Isenção. Membros e servidores do Poder Judiciário. Princípio da isonomia: ofensa. CF/1988, art. 150, II. Lei Com-

plementar estadual 165/1999/RN, art. 240: inconstitucionalidade. ADI 3.334 *RTJ* 220/145

D

Adm Decisão na ADI 3.522: ausência de descumprimento. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Pn Decreto 154/1991. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Ct Decreto 3.724/2001: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

PrPn Defensor constituído: comparecimento e formulação de reperguntas. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

PrPn ***Defesa técnica.*** Ausência: inocorrência. Advogado constituído: impedimento conhecido após o julgamento. HC 98.218 *RTJ* 220/464

Trbt Delegação a decreto: matéria sob reserva de lei. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Pn Demonstração por outros meios de prova: possibilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

El Deputado federal eleito por coligação partidária: renúncia. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266 − MS 30.260 *RTJ* 220/278

Pn Desinternação progressiva: possibilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Ct Desmembramento. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

Trbt Destinação a instituição privada: inadmissibilidade. (...) ***Emolumentos.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Cv Direito à busca da felicidade: postulado constitucional implícito. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Direito à informação de atos estatais: princípio republicano. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Ct Direito à intimidade e à privacidade: proteção. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

PrSTF Direito de petição: ofensa inocorrente. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Cv Discriminação em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Divulgação de remuneração e informações funcionais: sítio eletrônico oficial. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Int Dupla tipicidade. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

E

PrCv Efeito multiplicador. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

PrSTF Eficácia *erga onmes* e efeito vinculante. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct Eleição indireta: regulamentação. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct Eleição indireta pela Assembleia Legislativa: votação nominal e aberta. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrPn Embargos infringentes: reconsideração de voto. (...) ***Apelação criminal.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrSTF Emenda anterior ao julgamento da liminar: admissibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Trbt ***Emolumentos.*** Destinação a instituição privada: inadmissibilidade. Associação Mato-grossense dos Defensores Públicos (AMDEP). Mandado de segurança denegado: declaração incidental de inconstitucionalidade. Lei estadual 7.603/2001/MT, Tabela "D", redação da Lei estadual 8.943/2008/MT: inconstitucionalidade. MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrSTF Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Cv ***Entidade familiar.*** União estável homoafetiva: reconhecimento. Afeto: valor jurídico de natureza constitucional. Proteção das minorias: função contramajoritária do STF. Discriminação em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. Direito à busca da felicidade: postulado constitucional implícito. Princípios de Yogyakarta. Princípio da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. CF/1988, arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, XLI. CF/1988, art. 226, § 3º: norma de inclusão. CC/2002, art. 1.723. RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Estado-membro. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct ***Estado-membro.*** Desmembramento. Plebiscito: interpretação da expressão "população diretamente interessada". Âmbito da consulta: população da área desmembrada e da área remanescente. Princípio da soberania popular e da cidadania: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 18, § 3º e § 4º, redação da EC 15/1996: ofensa inocorrente. Lei 9.706/1998, art. 7º: constitucionalidade. ADI 2.650 *RTJ* 220/89

Pn Execução provisória: inadmissibilidade. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Ct Exposições e competições entre aves das raças combatentes: submissão de animais a crueldade. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Prescrição da pretensão punitiva. Trânsito em julgado: contagem do prazo pela pena em concreto. Marco interruptivo: publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível. Interrupção do prazo pelo acórdão que diminuiu a pena: divergência. CP/1940, arts. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, e 117, IV. HC 109.966 *RTJ* 220/489

Int ***Extradição executória.*** Indeferimento. Dupla tipicidade. Homicídio, lesão corporal, sequestro, assalto, receptação e favorecimento pessoal. Crime político: não caracterização. Prescrição da pretensão executória. Leis brasileira e italiana. Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Int ***Extradição executória.*** Indeferimento. Sentença do Tribunal de Menores de Roma. Inimputabilidade à época dos fatos. Ext 1.140 *RTJ* 220/11

F

Pn ***Falsidade ideológica.*** Nota fiscal de despesa médica. Sonegação fiscal: declaração de imposto de renda. Parcelamento do tributo: suspensão da pretensão punitiva do crime-fim. Princípio da consunção: aplicabilidade. CP/1940, art. 304: crime-meio. Lei 8.137/1990, art. 1º. HC 104.079 *RTJ* 220/479

Ct Federalismo de cooperação. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Pn Fixação abaixo do mínimo legal: impossibilidade. (...) ***Pena-base.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrCv Formação do instrumento: ônus do agravante. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

PrPn Foro do domicílio ou residência do réu. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

Pn Fundamentação específica: necessidade. (...) ***Pena-base.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrPn Fundamento novo: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.279-AgR *RTJ* 220/469

G

Ct ***Garantia constitucional.*** Sigilo bancário. Quebra: necessidade de prévia autorização judicial. Acesso direto a dados bancários pela Receita Federal: impossibilidade. Direito à intimidade e à privacidade: proteção. CF/1988, art. 5º, X e XII. Lei Complementar 105/2001: interpretação conforme à Constituição. Lei 9.311/1996: interpretação conforme à Constituição. Decreto 3.724/2001: interpretação conforme à Constituição. RE 389.808 *RTJ* 220/540

PrPn Gravação ambiental por interlocutor sem conhecimento do outro. (...) ***Prova criminal.*** RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

PrCv Grave lesão à ordem pública. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Sucedâneo de recurso ordinário: inocorrência. HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrPn ***Habeas corpus.*** Inadmissibilidade. Reiteração de pedido anterior. Fundamento novo: ausência. HC 100.279-AgR *RTJ* 220/469

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Absolvição. HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrSTF Hipóteses autorizadoras: inocorrência. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Int Homicídio, lesão corporal, sequestro, assalto, receptação e favorecimento pessoal. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

I

PrPn ***Impedimento.*** Inocorrência. Magistrado: atuação sucessiva na jurisdição civil e na criminal decorrente do mesmo fato. Rol taxativo. CPP/1941, art. 252. HC 97.544 *RTJ* 220/451

Trbt ***Imposto de Renda (IR).*** Pessoa jurídica. Ano-calendário de 1992 e de 1993: período-base encerrado em 31 de dezembro de 1991. Prejuízo fiscal no período-base: obrigatoriedade de consolidação dos resultados mensalmente. Consolidação por estimativa: impossibilidade por inexistência de parâmetro para o cálculo. Apuração semestral: faculdade conferida somente ao contribuinte optante pelo cálculo por estimativa no ano anterior. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. Lei 8.383/1991, art. 86, § 2º: constitucionalidade. Portaria 441/1992-Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento: constitucionalidade. RE 231.924 *RTJ* 220/517

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Cálculo do imposto: fixação de critérios. Substituição tributária: restituição de

valor. Delegação a decreto: matéria sob reserva de lei. Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 13, § 4º, expressão, e 22, parágrafo único: suspensão cautelar. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Incidência. Programa de computador (*software*). Transferência eletrônica de dados. Bem incorpóreo. Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 2º, § 1º, VI, e 6º, § 6º. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Incidência. Serviços de comunicação. Serviços adicionais: acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização. CF/1988, art. 155, II. Lei Complementar 87/1996, art. 2º, III. Lei estadual 7.098/1998/MT, art. 2º, § 2º. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Incidência. Serviços de comunicação iniciados fora do Estado. Interpretação extensiva: inexistência. Lei Complementar 87/1996, art. 11, III, *d*. Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 2º, § 3º, e 16, § 2º, expressão. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Matéria reservada a lei complementar: norma federal. CF/1988, arts. 146, III, e 155, § 2º, XII. Lei Complementar 87/1996. Lei estadual 7.098/1998/MT. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Pagamento antecipado: exigência conforme normas complementares. Setor industrial: exclusão. Critério objetivo: razoabilidade. Princípio da isonomia. CF/1988, art. 150, II. Lei estadual 7.098/1998/MT, art. 3º, § 3º. ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrSTF Improcedência da ação: declaração de constitucionalidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt ***Imunidade tributária.*** Livros, jornais e periódicos. Papel destinado à impressão: referência exemplificativa. Insumos e maquinário indispensáveis: inclusão. Peça sobressalente de equipamento de preparo e acabamento de chapa de impressão *offset*. CF/1988, art. 150, IV, *d*: alcance. RE 202.149 *RTJ* 220/510

Pn Inadmissibilidade. (...) ***Crime continuado.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

PrPn Inadmissibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.279-AgR *RTJ* 220/469

PrSTF Inadmissibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

Trbt Incidência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Int Indeferimento. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Ct Iniciativa reservada de lei. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Int Inimputabilidade à época dos fatos. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

PrPn Inocorrência. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

PrSTF Instrução Normativa 28/2005-STF. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Trbt Insumos e maquinário indispensáveis: inclusão. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

PrSTF Interposição posterior: irrelevância. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

Trbt Interpretação extensiva: inexistência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Pn Interrupção do prazo pelo acórdão que diminuiu a pena: divergência. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489

PrPn ***Intimação criminal.*** Acórdão condenatório. Réu preso: inocorrência. Intimação pessoal do réu: desnecessidade. CPP/1941, art. 392. HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn ***Intimação criminal.*** Julgamento do recurso que transmudou absolvição em condenação. Publicação no Diário da Justiça. Intimação pessoal do paciente e do defensor constituído: desnecessidade. HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrSTF Intimação do acórdão recorrido anterior à Emenda Regimental 21/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

PrPn Intimação pessoal do paciente e do defensor constituído: desnecessidade. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Intimação pessoal do réu: desnecessidade. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Trbt Isenção. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

J

Adm Jornada máxima: composição do cálculo. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF ***Julgamento.*** Notas taquigráficas: fornecimento de cópias. Hipóteses autorizadoras: inocorrência. Sustentação oral: exceção. Direito de petição: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 5º, XXXIV. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 96, § 4º e § 5º. Instrução Normativa 28/2005-STF. RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

PrPn Julgamento do recurso que transmudou absolvição em condenação. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

L

Pn Latrocínio e roubo: bens jurídicos distintos. (...) ***Crime continuado.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrCv Legitimidade ativa. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

El Lei 7.454/1985, art. 4º. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Pn Lei 8.137/1990, art. 1º. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Trbt Lei 8.383/1991, art. 86, § 2º: constitucionalidade. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Ct Lei 9.311/1996: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

Ct Lei 9.605/1998, art. 32. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Ct Lei 9.706/1998, art. 7º: constitucionalidade. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 23 e parágrafo único. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Pn Lei 11.343/2006, arts. 33, § 4º, e 44, expressões: inconstitucionalidade. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Adm Lei 11.738/2008, art. 2º, *caput* e § 1º: constitucionalidade. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Adm Lei 11.738/2008, art. 2º, § 4º: constitucionalidade sem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF Lei 11.738/2008, arts. 3º e 8º. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt Lei Complementar 87/1996. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei Complementar 87/1996, art. 2º, III. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei Complementar 87/1996, art. 11, III, *d*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct Lei Complementar 105/2001: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

Trbt Lei Complementar estadual 165/1999/RN, art. 240: inconstitucionalidade. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Ct Lei estadual 2.154/2009/TO: medida cautelar indeferida. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct Lei estadual 2.154/2009/TO: medida cautelar indeferida. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct Lei estadual 2.895/1998/RJ: inconstitucionalidade. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Adm Lei estadual 5.406/1969/MG. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 2º, § 1º, VI, e 6º, § 6º. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT, art. 2º, § 2º. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 2º, § 3º, e 16, § 2º, expressão. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT, art. 3º, § 3º. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.098/1998/MT, arts. 13, § 4º, expressão, e 22, parágrafo único: suspensão cautelar. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Lei estadual 7.603/2001/MT, Tabela "D", redação da Lei estadual 8.943/2008/MT: inconstitucionalidade. (...) ***Emolumentos.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Adm Lei estadual 11.183/1998/RS, art. 16, I, X e XI. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Adm Lei estadual 15.301/2004/MG, art. 51: inconstitucionalidade. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrSTF Lei nova: reprodução de normas da lei revogada. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrSTF Lei originalmente impugnada: revogação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Int Leis brasileira e italiana. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

PrPn Licitude. (...) ***Prova criminal.*** RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

Pn Limite máximo: 30 anos. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

El Lista dos titulares e suplentes: ato jurídico perfeito. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

El Lista dos titulares e suplentes: inocorrência de ato jurídico perfeito. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

Trbt Livros, jornais e periódicos. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

PrPn Local da consumação do delito: inexatidão. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

M

PrPn Magistrado: atuação sucessiva na jurisdição civil e na criminal decorrente do mesmo fato. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

Trbt Mandado de segurança denegado: declaração incidental de inconstitucionalidade. (...) ***Emolumentos.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrCv ***Mandado de segurança preventivo.*** Legitimidade ativa. Partido político e suplente. Mandato parlamentar: deputado federal. Vaga decorrente de renúncia: preenchimento. MS 30.260 *RTJ* 220/278

PrCv ***Mandado de segurança preventivo.*** Perda do objeto: inocorrência. Ameaça de lesão ao direito: convolação em dano concreto. MS 30.260 *RTJ* 220/278

Ct Mandato eletivo residual. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

El ***Mandato parlamentar.*** Deputado federal eleito por coligação partidária: renúncia. Ordem de suplência: lista da coligação. Lista dos titulares e suplentes: ato jurídico perfeito. Princípio do devido processo legal eleitoral. CF/1988, arts. 14, § 10, e 56, § 1º. Código Eleitoral/1965, arts. 105, § 1º e § 2º, 107, 108, 109, § 1º e § 2º, 112 e 215. Lei 7.454/1985, art. 4º. MS 30.260 *RTJ* 220/278

El ***Mandato parlamentar.*** Deputado federal eleito por coligação partidária: renúncia. Ordem de suplência: suplente do próprio partido político do parlamentar renunciante. Coligação partidária: pessoa jurídica de existência efêmera. Lista dos titulares e suplentes: inocorrência de ato jurídico perfeito. Resolução 22.580/2007-TSE. MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

PrCv Mandato parlamentar: deputado federal. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Ct Manifestação cultural: não caracterização. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Pn Marco interruptivo: publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Trbt Matéria reservada a lei complementar: norma federal. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Pn ***Medida de segurança.*** Agente inimputável. Prazo indeterminado: descabimento. Limite máximo: 30 anos. Prescrição inocorrente. CP/1940, arts. 109, V, e 117, V. HC 97.621 *RTJ* 220/458

Pn ***Medida de segurança.*** Agente inimputável. Quadro psiquiátrico do paciente: melhora. Desinternação progressiva: possibilidade. Regime de semi-internação. HC 97.621 *RTJ* 220/458

Ct ***Meio ambiente.*** Proteção. Briga de galos. Exposições e competições entre aves das raças combatentes: submissão de animais a crueldade. Manifestação cultural: não caracterização. CF/1988, art. 225, § 1º, VII: ofensa. Lei 9.605/1998, art. 32. Lei estadual 2.895/1998/RJ: inconstitucionalidade. ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Trbt Membros e servidores do Poder Judiciário. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Trbt Multa de caráter confiscatório: vedação. (...) ***Tributo.*** ARE 637.717-AgR *RTJ* 220/599

N

Ct Natureza administrativa: apreciação da legalidade de atos administrativos. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrCv Necessidade. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

PrSTF Norma de parâmetro: indicação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Pn Nota fiscal de despesa médica. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrSTF Notas taquigráficas: fornecimento de cópias. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

PrPn Nulidade absoluta inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

O

El Ordem de suplência: lista da coligação. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

El Ordem de suplência: suplente do próprio partido político do parlamentar renunciante. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

P

Ct ***Pacto federativo.*** Repartição de competência. Federalismo de cooperação. Piso salarial profissional nacional: princípio constitucional. União, Estados, Municípios e Distrito Federal: vínculo de solidariedade federativa. Cláusula da reserva financeira do possível: inaplicabilidade. CF/1988, art. 206, V e VIII. ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt Pagamento antecipado: exigência conforme normas complementares. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Papel destinado à impressão: referência exemplificativa. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

Pn Parcelamento do tributo: suspensão da pretensão punitiva do crime-fim. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrCv Partido político e suplente. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Trbt Peça sobressalente de equipamento de preparo e acabamento de chapa de impressão *offset*. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

Pn ***Pena.*** Execução provisória: inadmissibilidade. Sentença condenatória recorrível. Recurso de natureza extraordinária: pendência. CF/1988, art. 5º, LIV e LVII. HC 93.857 *RTJ* 220/396

Pn ***Pena.*** Privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Crime hediondo: regime inicial fechado. HC 93.857 *RTJ* 220/396

Pn ***Pena.*** Privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Tráfico de entorpecente. Princípio da individualização da pena e da proporcionalidade. CF/1988, art. 5º, XLVI. Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, art. 3º, § 4º, *c*.

Decreto 154/1991. Lei 11.343/2006, arts. 33, § 4º, e 44, expressões: inconstitucionalidade. HC 97.256 *RTJ* 220/402

Pn ***Pena-base.*** Fixação abaixo do mínimo legal: impossibilidade. Circunstância atenuante genérica: irrelevância. HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação específica: necessidade. CF/1988, arts. 5º, XLVI, e 93, IX. HC 93.857 *RTJ* 220/396

TrPrv Pensão por morte: possibilidade. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

PrCv Perda do objeto: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

PrSTF Perda parcial do objeto. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Trbt Pessoa jurídica. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

PrSTF Petição inicial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrSTF Petição inicial: inépcia inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Adm Piso salarial nacional: vencimento. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct Piso salarial profissional nacional: princípio constitucional. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct Plebiscito: interpretação da expressão "população diretamente interessada". (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

Ct Poder de emenda parlamentar: hipóteses. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Adm Policial civil. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Trbt Portaria 441/1992-Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento: constitucionalidade. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Pn Prazo indeterminado: descabimento. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

PrPn Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

Trbt Prejuízo fiscal no período-base: obrigatoriedade de consolidação dos resultados mensalmente. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

PrSTF Preliminar formal e fundamentada: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

Ct Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Int Prescrição da pretensão executória. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Pn Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489

Pn Prescrição inocorrente. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Pn Princípio da consunção: aplicabilidade. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrSTF Princípio da dialeticidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

Cv Princípio da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Pn Princípio da individualização da pena e da proporcionalidade. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Trbt Princípio da isonomia. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Princípio da isonomia: ofensa. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Trbt Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Ct Princípio da publicidade e da intimidade: conflito aparente. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Ct Princípio da soberania popular e da cidadania: ofensa inocorrente. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

El Princípio do devido processo legal eleitoral. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Cv Princípios de Yogyakarta. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Pn Privativa de liberdade. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396 − HC 97.256 *RTJ* 220/402

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade absoluta inocorrente. Audiência de inquirição de testemunha de acusação: réu preso ausente. Defensor constituído: comparecimento e formulação de reperguntas. Prejuízo à defesa: ausência. HC 82.899 *RTJ* 220/385

Ct ***Processo legislativo.*** Iniciativa reservada de lei. Poder de emenda parlamentar: hipóteses. Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Adm Professor da educação básica. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt Programa de computador (*software*). (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct Proteção. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Cv Proteção das minorias: função contramajoritária do STF. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Gravação ambiental por interlocutor sem conhecimento do outro. Repercussão geral reconhecida. CPC/1973, art. 543-B, § 3º. RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

PrPn ***Prova criminal.*** Prova ilícita: inadmissibilidade. Quebra de sigilo bancário. Autorização judicial: ausência. Confissão posterior derivada da prova ilícita: contaminação. CF/1988, art. 5º, LVI. HC 90.298 *RTJ* 220/392

PrPn Prova ilícita: inadmissibilidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

PrPn Publicação no Diário da Justiça. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Q

Pn Quadro psiquiátrico do paciente: melhora. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Ct Quebra: necessidade de prévia autorização judicial. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

PrPn Quebra de sigilo bancário. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

PrPn Queixa-crime contra agente público: parlamentar não reeleito. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

PrSTF *Quorum* mínimo de maioria absoluta: necessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

R

PrSTF Razões da pretensão: fundamentação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Adm Recebimento de denúncia: determinados crimes. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrSTF Reconhecimento da procedência do pedido: postulação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Pn Recurso de natureza extraordinária: pendência. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Inadmissibilidade. Repercussão geral. Preliminar formal e fundamentada: ausência. Princípio da dialeticidade. CPC/1973, art. 543-A, § 2º. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 327, § 1º. ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Repercussão geral: inexigibilidade. Intimação do acórdão recorrido anterior à Emenda Regimental 21/2007. Interposição posterior: irrelevância. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). CPC/1973, art. 543-A, § 2º: inaplicabilidade. AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

Pn Regime aberto: impossibilidade. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Pn Regime de semi-internação. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Pn ***Regime prisional.*** Regime aberto: impossibilidade. Reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis. CP/1940, art. 33. HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 96, § 4º e § 5º. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 327, § 1º. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

Pn Reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Reiteração de pedido anterior. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.279-AgR *RTJ* 220/469

PrSTF Relação de antagonismo: legislação impugnada e a Constituição Federal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Adm Remoção. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Ct Repartição de competência. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF Repercussão geral. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602

PrSTF Repercussão geral: inexigibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606

PrPn Repercussão geral reconhecida. (...) ***Prova criminal.*** RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

El Resolução 22.580/2007-TSE. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

PrPn Réu preso: inocorrência. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Rol taxativo. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

Pn ***Roubo qualificado.*** Uso de arma de fogo. Apreensão e perícia da arma: prescindibilidade. Demonstração por outros meios de prova: possibilidade. CP/1940, art. 157, § 2º, I. HC 102.003 *RTJ* 220/473

S

Pn Sentença condenatória recorrível. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Int Sentença do Tribunal de Menores de Roma. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Adm Serviço notarial e de registro. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Trbt Serviços adicionais: acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Serviços de comunicação. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt Serviços de comunicação iniciados fora do Estado. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct ***Servidor público.*** Divulgação de remuneração e informações funcionais: sítio eletrônico oficial. Direito à informação de atos estatais: princípio republicano. Princípio da publicidade e da intimidade: conflito aparente. CF/1988, arts. 5º, XXXIII, e 37, *caput* e § 6º. SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Adm ***Servidor público.*** Policial civil. Recebimento de denúncia: determinados crimes. Suspensão preventiva: consequência automática. CF/1988,

art. 5º, LIV e LV: ofensa. Lei estadual 5.406/1969/MG. Lei estadual 15.301/2004/MG, art. 51: inconstitucionalidade. ADI 3.288 *RTJ* 220/133

Adm ***Servidor público.*** Professor da educação básica. Carga horária: percentual mínimo de um terço para dedicação às atividades extraclasse. Lei 11.738/2008, art. 2º, § 4º: constitucionalidade sem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Adm ***Servidor público.*** Professor da educação básica. Piso salarial nacional: vencimento. Jornada máxima: composição do cálculo. Lei 11.738/2008, art. 2º, *caput* e § 1º: constitucionalidade. ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Trbt Setor industrial: exclusão. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct Sigilo bancário. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

Pn Sonegação fiscal: declaração de imposto de renda. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Pn Substituição por restritiva de direitos. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396 − HC 97.256 *RTJ* 220/402

Trbt Substituição tributária: restituição de valor. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrPn Sucedâneo de recurso ordinário: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrCv Súmula 288 do STF. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrCv ***Suspensão de segurança.*** Necessidade. Efeito multiplicador. Grave lesão à ordem pública. SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Adm Suspensão preventiva: consequência automática. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrSTF Sustentação oral: exceção. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

T

Adm Títulos: valoração. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Trbt Transferência eletrônica de dados. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Pn Trânsito em julgado: contagem do prazo pela pena em concreto. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489

PrCv Traslado deficiente. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Trbt ***Tributo.*** Multa de caráter confiscatório: vedação. CF/1988, art. 150, IV: aplicabilidade. ARE 637.717-AgR *RTJ* 220/599

U

Ct União, Estados, Municípios e Distrito Federal: vínculo de solidariedade federativa. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

TrPrv União estável homoafetiva. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Cv União estável homoafetiva: reconhecimento. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Pn Uso de arma de fogo. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

V

Ct Vacância dupla: governador e vice-governador. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

PrCv Vaga decorrente de renúncia: preenchimento. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

1.140	(Ext)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	220/11
1.856	(ADI)	Rel.: Min. Celso de Mello	220/18
1.945	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	220/50
2.650	(ADI)	Rel.: Min. Dias Toffoli	220/89
2.956	(Inq-AgR)	Rel.: Min. Marco Aurélio	220/130
3.288	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/133
3.334	(ADI)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	220/145
3.902	(SS-AgR-segundo)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/149
4.167	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	220/158
4.298	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/220
6.748	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	220/246
28.141	(MS)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	220/253
29.988	(MS-MC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	220/266
30.260	(MS)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	220/278
82.899	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/385
87.089	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/388
90.298	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/392
93.857	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/396
97.256	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/402
97.544	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	220/451
97.621	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/458
98.218	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	220/464
100.279	(HC-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/469
102.003	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/473
104.079	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/479
109.966	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	220/489

202.149	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	220/510
231.924	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Ricardo Lewandowski	220/517
389.808	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	220/540
406.432	(RE-AgR-ED-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	220/568
477.554	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	220/572
583.937	(RE-QO-RG)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/589
637.717	(ARE-AgR)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/599
664.044	(ARE-AgR)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/602
684.418	(AI-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/606
799.126	(AI-AgR)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/609