Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 222
outubro a dezembro de 2012

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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

Secretaria-Geral da Presidência
Flávia Beatriz Eckhardt da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Andreia Fernandes de Siqueira

Equipe técnica: Gil Wadson Moura Júnior, José Carlos Bezerra de Siqueira Júnior (estagiário), Juliana Aparecida de Souza Figueiredo, Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Camila Penha Soares

Revisão: Flávia Teixeira da Silva, 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 JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003), Presidente
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006), 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)
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)
Ministro TEORI Albino ZAVASCKI (29-11-2012)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
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
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro TEORI Albino ZAVASCKI

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro LUIZ FUX
Ministro TEORI ZAVASCKI
Ministra ROSA WEBER – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministra ROSA WEBER
Ministro LUIZ FUX

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministro TEORI ZAVASCKI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 11

DECISÕES MONOCRÁTICAS 615

ÍNDICE ALFABÉTICO 689

ÍNDICE NUMÉRICO 771

ACÓRDÃOS

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 421 — SP

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Revisor: O sr. ministro Eros Grau

Autor: Ministério Público Federal — Réu: Paulo Pereira da Silva

Questão de ordem. Ação penal. Deputado federal arrolado como testemunha. Não indicação de dia, hora e local para a oitiva ou não comparecimento na data já indicada. Ausência de justa causa para o não atendimento ao chamado judicial. Decurso de mais de trinta dias. Perda da prerrogativa prevista no art. 221, *caput*, do Código de Processo Penal.

Passados mais de trinta dias sem que a autoridade que goza da prerrogativa prevista no *caput* do art. 221 do Código de Processo Penal tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, simplesmente, não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese, impõe-se a perda dessa especial prerrogativa, sob pena de admitir-se que a autoridade arrolada como testemunha possa, na prática, frustrar a sua oitiva, indefinidamente e sem justa causa.

Questão de ordem resolvida no sentido de declarar a perda da prerrogativa prevista no *caput* do art. 221 do Código de Processo Penal, em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da Justiça, por mais de trinta dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar

Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, em resolver a questão de ordem no sentido de declarar a perda da prerrogativa prevista no *caput* do art. 221 do Código de Processo Penal, em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da Justiça, por mais de trinta dias.

Brasília, 22 de outubro de 2009 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação penal iniciada no juízo federal da Subseção Judiciária de Ourinhos/SP e posteriormente remetida a esta Corte, em virtude da superveniente diplomação do réu Paulo Pereira da Silva, como deputado federal.

Como uma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal é o deputado federal Raul Belens Jungmann Pinto (fl. 30), foi expedida carta de ordem à Seção Judiciária do Distrito Federal, para a oitiva do parlamentar.

O juízo federal encarregado de inquirir o parlamentar comunicou, por meio do ofício de fl. 3576, que o deputado federal, embora tenha indicado cinco diferentes datas e horários para que fosse ouvido, não compareceu em nenhuma delas.

Tais fatos levaram o juízo federal ordenado a devolver a carta de ordem. Do despacho de devolução da carta, colhe-se que

> Passados **01 anos e 06 meses**, em que pese as inúmeras tentativas formuladas por este Juízo para a tomada do depoimento do Digno Parlamentar (cf. histórico contido no ofício de fl. 162), não se logrou realizar o ato processual solicitado. (...)
>
> Em razão do prejuízo evidente que tamanha delonga impõe à persecução penal, que não pode ter o seu andamento sobrestado *sine die* por omissão de testemunha à qual se aplica a (...) regra do art. 221, *caput*, do CPP, ***determino*** **a devolução da Carta de Ordem ao Juízo Ordenante**. [Fl. 3628.]

Assim, diante desse obstáculo ao regular prosseguimento do feito, decorrente da recusa do parlamentar em comparecer ao juízo ordenado para testemunhar, trago a questão para apreciação do Plenário desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Conforme acabei de relatar, o juízo federal encarregado da diligência informou que o deputado federal Raul Belens Jungmann Pinto, embora tenha indicado cinco diferentes datas e horários em que desejava ser inquirido, não compareceu a nenhuma das audiências designadas nessas cinco datas por ele indicadas (fls. 3576 e 3628).

Com efeito, pelo que se extrai do ofício de fl. 3576, primeiramente, o parlamentar indicou a data de **28-2-2008, às 10h**. Em seguida, sua assessoria comunicou ao juízo ordenado a "impossibilidade" do comparecimento do deputado federal (fl. 3576).

Depois disso, o parlamentar, pela segunda vez, indicou o dia **13-3-2008, às 10h**. A audiência, entretanto, não se realizou porque o deputado federal disse que iria fazer uma cirurgia (fl. 3576).

Na terceira vez, indicou-se o dia **17-4-2008, às 10h**. No entanto, o deputado federal também não compareceu ao ato, sob o argumento de que tinha sido nomeado "para presidir comissão na Câmara dos Deputados" (fl. 3576).

Foi, então, indicado, agora pela quarta vez, o dia **3-9-2008, às 11h**. Mais uma vez, o ato ordenado não foi realizado, porque o parlamentar simplesmente entrou em contato com o juízo federal e "desmarcou a audiência" (fl. 3576).

O deputado federal, pela quinta vez, indicou o dia **4-9-2008, 10h**, mas o ato ordenado, novamente, "não se concretizou" (fl. 3576).

Finalmente, o juízo federal ordenado, pela sexta vez, tentou agendar uma data e horário para inquirir o deputado federal. Porém, o ofício enviado ao parlamentar, com data de 16-3-2009, não foi respondido.

Nos termos do art. 221, *caput*, do CPP,

> O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

Tal regra processual tenta conciliar o dever que todos têm de testemunhar com as relevantes funções públicas exercidas pelas autoridades ali previstas, mediante o agendamento prévio de dia, hora e local para a realização da audiência em que essas autoridades serão ouvidas.

Todavia, não é preciso qualquer esforço de interpretação para concluir-se que o objetivo do dispositivo legal sob enfoque, definitivamente, não é abrir espaço para que essas autoridades possam, simplesmente, recusar-se a testemunhar, seja não indicando a data, hora e local em que desejam ser ouvidas, seja não comparecendo aos locais, datas e horários já indicados, como ocorre no caso.

Daí por que, verificado o decurso de tempo razoável sem que a autoridade tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, ainda, simplesmente não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese que trago a julgamento, entendo ser o caso de perda da especial prerrogativa prevista no *caput* do art. 221 do Código de Processo Penal, sob pena de admitir-se que a autoridade, na prática, possa, indefinidamente, frustrar a sua oitiva.

Observo que tal solução não constitui inovação no cenário jurídico brasileiro, uma vez que o § 7º do art. 32 da Emenda Constitucional 1, de 1969, já previa que

> As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 (trinta) dias, ao convite judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional 11, de 1978).

A adoção, por esta Corte, de entendimento em harmonia com o disposto no § 7º do art. 32 da Constituição anterior revela-se adequada a casos como este, visto que, por um lado, preservará a prerrogativa contida no multicitado art. 221, *caput*, do CPP e, por outro, garantirá o testemunho da autoridade que goza dessa prerrogativa, a qual deixará de ser observada, caso a autoridade deixe de atender, sem justa causa, o chamado judicial, no prazo de trinta dias.

Assim, estando evidenciado que o parlamentar obstou o regular andamento do feito, ao não comparecer nas datas, horas e locais que ele mesmo indicou, por cinco vezes, para a sua oitiva, **voto pela perda da sua prerrogativa prevista no art. 221, *caput*, do CPP**, neste caso específico, já que a ninguém é dado o poder de, sem justa causa, frustrar o andamento de ação penal.

É como voto.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Também, presidente, a prerrogativa dada ao parlamentar não é alguma coisa absoluta. Ele, realmente, como qualquer cidadão, deve comparecer à Justiça e auxiliar a realização da melhor justiça.

Penso que o caso é emblemático e vai permitir não apenas a este Supremo Tribunal, mas a todo o sistema judiciário fazer com que os processos penais efetivamente tramitem com mais celeridade.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Também, senhor presidente, eu concordo plenamente com a solução dada pelo eminente relator e ratificada com importantes argumentos pelo eminente ministro Celso de Mello, embora ambos tenham utilizado a expressão, que corriqueiramente se emprega aqui nesta Corte, "convite judicial". Na verdade trata-se de uma intimação. É um comando que deve ser obedecido compulsoriamente; e o não atendimento a esse comando judicial deve ter uma consequência. E a consequência é exatamente essa preconizada pelo ministro relator.

Acompanho integralmente a conclusão de Sua Excelência.

VOTO

O sr. ministro Carlos Britto: Também, senhor presidente, apenas acrescento que o art. 221 consagra, mais do que um direito subjetivo singelo, uma prerrogativa processual, como disse o ministro Celso de Mello.

A prerrogativa é um direito subjetivo que se confere a uma série restrita ou fechada de beneficiários; diferentemente do singelo direito subjetivo, conferido a uma série aberta de beneficiários.

Mas exatamente porque foge do padrão típico da República, a ministra Ellen Gracie lembrou bem, que é a isonomia entre os cidadãos; diferentemente da Monarquia, que é uma forma de governo que pressupõe os governantes e os súditos, classificados estes por títulos de nobreza ou estamentos. Numa República, não, temos os governantes e os cidadãos.

Então, como as prerrogativas fogem da isonomia que é típica ao tratamento dos cidadãos numa República, há de ser interpretada restritivamente, e não ampliativamente.

A solução alvitrada pelo ministro Joaquim Barbosa também me parece dotada de toda razoabilidade: o prazo de trinta dias que se confere para atender a intimação para depor em juízo como testemunha.

Acompanho Sua Excelência o ministro relator.

EXTRATO DA ATA

AP 421-QO/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Revisor: Ministro Eros Grau. Autor: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República. Réu: Paulo Pereira da Silva (Advogados: Romildo Olgo Peixoto Junior e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, resolveu a questão de ordem no sentido de declarar a perda da prerrogativa prevista no *caput* do art. 221 do Código de Processo Penal, em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da Justiça, por mais de trinta dias. Ausentes, justificadamente, o ministro Cezar Peluso e, neste julgamento, o ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o ministro Gilmar Mendes.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 22 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

OITAVA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 470 — MG
(AP 470-AgR na *RTJ* 204/15, AP 470-QO na *RTJ* 204/483,
AP 470-AgR-segundo na *RTJ* 210/1061, AP 470-QO-QO
na *RTJ* 211/30, AP 470-QO3 na *RTJ* 211/37)

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Autor: Ministério Público Federal — Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Sílvio José Pereira, Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos, Kátia Rabello, Jose Roberto Salgado, Vinícius Samarane, Ayanna Tenório Tôrres de Jesus, João Paulo Cunha, Luiz Gushiken, Henrique Pizzolato, Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto, Jose Mohamed Janene, Pedro Henry Neto, João Cláudio de Carvalho Genu, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg, Carlos Alberto Quaglia, Valdemar Costa Neto, Jacinto de Souza Lamas, Antônio de Pádua de Souza Lamas, Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues), Roberto Jefferson Monteiro Francisco, Emerson Eloy Palmieri, Romeu Ferreira Queiroz, José Rodrigues Borba, Paulo Roberto Galvão da Rocha, Anita Leocádia Pereira da Costa, Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho), João Magno de Moura, Anderson Adauto Pereira, José Luiz Alves, José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes Silveira.

Questão de ordem. Ação penal originária. Lei 11.719/2008. Pedido de novo interrogatório. Especialidade da Lei 8.038/1990, cujos dispositivos não foram alterados. Indeferimento.

A Lei 8.038/1990 é especial em relação ao Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008. Por conseguinte, as disposições do CPP aplicam-se aos feitos sujeitos ao procedimento previsto na Lei 8.038/1990 apenas subsidiariamente, somente "no que for aplicável" ou "no que couber".

Daí por que a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º da Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa).

Questão de ordem resolvida no sentido do indeferimento da petição de fls. 40151-40161.

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 resolver a questão de ordem no sentido de indeferir o pedido de renovação de interrogatório, nos termos do voto do relator.

Brasília, 7 de outubro de 2010 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trago a julgamento questão de ordem (a nona, na presente ação penal) relativa à petição de fls. 40151-40161, na qual os réus **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** pedem a "realização de novo interrogatório judicial".

Para tanto, alegam, em síntese, que a Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 400 do CPP, passando a prever o interrogatório do acusado como "o último ato da instrução" (fl. 40157). Por essa razão, segundo os denunciados, "ainda que o acusado já tenha sido interrogado, nessa fase de transição da lei processual, imperioso se faz dar aos acusados oportunidade para a realização de novo interrogatório" (fl. 40157).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): A Lei 11.719/2008 – conforme se extrai tanto do seu cabeçalho, quanto da leitura dos seus dispositivos – alterou apenas o Código de Processo Penal, isto é, o Decreto-Lei 3.689/1941.

Ocorre que o presente feito segue o procedimento previsto na Lei 8.038/1990, que institui normas procedimentais **específicas** para os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, tratando o Capítulo I do Título I justamente da ação penal originária (arts. 1º a 12).

Como é elementar, a Lei 8.038/1990, por ser especial em relação ao CPP, prevalece sobre este, de acordo com o critério da especialidade, estabelecido no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O Código de Processo Penal e a legislação posterior que lhe alterou são aplicados apenas subsidiariamente ao caso ou, nos termos dos arts. 2º e 9º da Lei 8.038/1990, somente "no que for aplicável" ou "no que couber".

Por conseguinte, a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º da Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa).

Por essas razões, voto pelo **indeferimento do pedido** constante da petição de fls. 40151-40161.

É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, quando praticados os atos, já estava em vigor esse novo diploma prevendo ordem específica de oitiva?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): O diploma é de 2008. Eu não tenho aqui, mas, provavelmente, a denúncia foi recebida em agosto de 2007.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência evoca o art. 7º da Lei 8.038/1990?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Esta é a discussão: se a lei nova se aplicaria ao procedimento dos tribunais.

O sr. ministro Dias Toffoli: Na AP 527, de que sou relator, eu deparei com esse pedido.

O sr. ministro Gilmar Mendes: São questões diferentes que precisam ser resolvidas.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu anotei que, realmente, a lei é especial, que se aplica o rito da ação penal originária, mas eu deferi o pedido. Eu anotei nos seguintes termos:

> Relativamente ao pleiteado reinterrogatório do réu, observo que, a despeito do estabelecido no art. 400 do CPP, como salientado pelo Ministério Público Federal, não se aplicar o rito comum estabelecido no Código de Processo Penal às ações penais originárias, cujo rito procedimental encontra-se estabelecido em legislação especial não revogada nem alterada (Lei 8.038/1990), entendo que o reinterrogatório, nesta fase, embora não exigível, evitará possíveis questionamentos em Plenário quanto à possibilidade de efetivo exercício do pleno contraditório e da ampla defesa por parte do acusado, razão pela qual defiro o requerimento da defesa.

Quando eu me manifestei, não havia precedente do Plenário. Eu, a princípio, senhor presidente, penso que até no rito das diligências é possível que o acusado tente a sua autotutela, a sua autodefesa.

E, por isso, eu peço vênia ao eminente relator para deferir os pedidos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É que, no caso, já houve o interrogatório.

O sr. ministro Dias Toffoli: Já houve o interrogatório?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Já houve, mas não só por isso. Eu entendo que esta lei não se aplica aos processos dos tribunais, a não ser no que couber.

O sr. ministro Marco Aurélio: Houve, mas já estava, penso – foi a pergunta que fiz –, em vigor a nova regra.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Essa nova lei que alterou o Código de Processo Penal não se aplica ao procedimento observado nesta Corte, no STJ...

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Aparente.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite? O pedido é único.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, neste caso aqui, o interrogatório foi realizado. A aplicarmos o novo procedimento a todos os processos pendentes...

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, o pedido é único. Não se pleiteia a insubsistência da prova já coligida. O que se pretende é que seja novamente, diante dessa prova, ouvido o acusado, declarando-se, portanto, a insubsistência do interrogatório anterior. Não é isso?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhor presidente, eu estou aguardando a informação, mas, de qualquer maneira, eu peço vênia ao ministro Celso de Mello, se há uma lei que prevê o interrogatório num determinado momento processual e essa lei é específica aos processos que tramitam nesta Corte, deve-se aplicar essa lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Cujo rito é mais benéfico. Não é?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): É, inclusive por isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas o interrogatório foi realizado de acordo com a lei anterior que estava em vigor?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Pois, foi. A denúncia foi recebida em agosto de 2007. Eu não tenho aqui a data. Estou pedindo a minha assessoria para verificar isso. Mas, provavelmente, esse interrogatório se encerrou no início de 2008, e a lei é de julho de 2008.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência não quer mesclar os dois regimes?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Não, não. Não quero mesclar. Eu entendo que se aplica a Lei 8.038 e, no que couber, ou seja, no que ela não dispuser, aplica-se o Código de Processo Penal. É o que está dito nela, na lei, subsidiariamente.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, sem querer por ora tecer maiores considerações sobre o tema, se a lei especial prevalece, no caso, sobre o Código de Processo Penal alterado, em princípio, eu estaria acompanhando o eminente ministro Joaquim Barbosa. Eu ainda não decidi nenhum caso concreto, mas, na situação sob análise, eu vejo que o réu já foi interrogado com todos os direitos e garantias.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): O importante é o Plenário fixar uma decisão definitiva sobre isso, porque ela se aplicará a outros processos em tramitação.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: É que, à época em que implementado o interrogatório, já havia a nova disciplina.

O sr. ministro Celso de Mello: Parece-me que ela ainda não havia sido editada.

O sr. ministro Marco Aurélio: Se não havia, cessa tudo, porque norma processual tem aplicação imediata, a partir da vigência, apanhando, assim, apenas os atos que devam ser praticados.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Presidente, vamos suspender por alguns minutos, enquanto a minha assessoria apura esse fato.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então cessa tudo, presidente.

O sr. ministro Celso de Mello: Parece-me que o ministro relator havia dito que o interrogatório ocorrera em 2007, sendo certo que a lei sobreveio apenas em 2008.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Em julho de 2008, com vigência em agosto de 2008.

O sr. ministro Celso de Mello: Sim. E o interrogatório?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): É isso que eu estou apurando.

Vossa Excelência poderia suspender por alguns minutos e passarmos ao outro agravo regimental.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Extraio uma decisão minha constante dos autos da AP 470.

> Expeçam-se as competentes cartas de ordem, para oitiva das testemunhas arroladas na denúncia. Publique-se. Cumpra-se.
> Brasília, 23 de junho de 2008.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quer dizer, já tinha começado a fase de inquirição das testemunhas e, portanto, realizados todos os interrogatórios.

O sr. ministro Marco Aurélio: A premissa é esta: quando veio o novo regramento, ele já tinha sido interrogado.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Todos já tinham sido interrogados. Mas eu insisto na tese de aplicação da Lei 8.038.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aplicação da lei que estava em vigor à época ao ato praticado, sob a minha óptica, já que admito haver a lei nova derrogado a Lei 8.038/1990.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Lei de autoria do deputado Gustavo Fruet.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, ministro, e, à época da Lei 8.038/1990, a ordem natural era essa. E foi alterada.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que eu ia sugerir: há muitos feitos de competência originária em andamento, de modo que qualquer um dos relatores que ainda não determinaram a realização do inquérito pode trazer, antes do organização do interrogatório, uma questão de ordem no Plenário nesse sentido.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E se o interrogatório vai obedecer à lei especial ou se vai ser deslocado ao final da instrução.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: E, de início, o discrímen não é aceitável. Só pelo fato de o Tribunal ser competente não se observará algo que diz respeito ao direito de defesa?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Não vamos nos limitar ao caso concreto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência está de acordo? Neste caso, já foi realizado.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): De acordo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Neste caso, já houve interrogatório. Mas, no futuro, sugiro que se faça o interrogatório ao final, e não que se aplique a Lei 8.038.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Isso já seria um grande avanço.

O sr. ministro Marco Aurélio: Já houve interrogatório, e, à época, estava em vigor a lei anterior, isso que importa.

O sr. ministro Dias Toffoli: De qualquer sorte, senhor presidente, eu monocraticamente tenho aplicado a possibilidade do interrogatório. Sempre defendi a tese, enquanto estava na advocacia, de que o interrogatório é um direito de defesa e que, portanto, deve ser feito sempre ao final do processo, independentemente de lei, independentemente da previsão legal, como o eminente ministro Celso de Mello fundamentou em relação ao Código Eleitoral. Só gostaria de lembrar

também o art. 196 do CPP, que faculta ao juiz, a qualquer tempo, deferir pedido fundamentado de novo interrogatório.

Mas, de qualquer sorte, ajusto aqui a minha posição no sentido de que, para os próximos casos em ação originária em que ainda não tenha havido interrogatório, que esse se faça ao final do processo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas isso não foi decidido ainda.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não. Mas, senhor presidente, creio que nós decidimos hoje que aqueles interrogatórios, feitos sob a égide da legislação anterior, são válidos, não se renovará o ato.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Suscitar uma questão de ordem quanto aos processos novos.

EXTRATO DA ATA

AP 470-QO-oitava/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Autor: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva (Advogado: José Luis Mendes de Oliveira Lima), José Genoíno Neto (Advogados: Sandra Maria Gonçalves Pires, Gabriella Fregni, Marina Lopes da Cruz e Guilherme Tadeu Pontes Birello), Delúbio Soares de Castro (Advogado: Celso Sanchez Vilardi), Sílvio José Pereira (Advogado: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró), Marcos Valério Fernandes de Souza (Advogado: Marcelo Leonardo), Ramon Hollerbach Cardoso (Advogado: Hermes Vilchez Guerrero), Cristiano de Mello Paz (Advogados: Castellar Modesto Guimarães Filho, José Antero Monteiro Filho, Carolina Goulart Modesto Guimarães, Castellar Modesto Guimarães Neto e Izabella Artur Costa), Rogério Lanza Tolentino (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva), Simone Reis Lobo de Vasconcelos (Advogados: Leonardo Isaac Yarochewsky e Daniela Villani Bonaccorsi), Geiza Dias dos Santos (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva), Kátia Rabello (Advogado: Theodomiro Dias Neto), Jose Roberto Salgado (Advogado: Rodrigo Otávio Soares Pacheco), Vinícius Samarane (Advogado: José Carlos Dias), Ayanna Tenório Tôrres de Jesus (Advogado: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira), João Paulo Cunha (Advogado: Alberto Zacharias Toron), Luiz Gushiken (Advogado: José Roberto Leal de Carvalho), Henrique Pizzolato (Advogado: Marthius Sávio Cavalcante Lobato), Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto (Advogado: Eduardo Antônio Lucho Ferrão), Jose Mohamed Janene (Advogado: Marcelo Leal de Lima Oliveira), Pedro Henry Neto (Advogado: José Antonio Duarte Alvares), João Cláudio de Carvalho Genu (Advogado: Marco Antonio Meneghetti), Enivaldo Quadrado (Advogada: Priscila Corrêa Gioia), Breno Fischberg (Advogado: Leonardo Magalhães Avelar), Carlos Alberto Quaglia (Advogado: Dagoberto Antoria Dufau), Valdemar Costa Neto (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Jacinto de Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Antônio de Pádua de

Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues) (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Roberto Jefferson Monteiro Francisco (Advogado: Luiz Francisco Corrêa Barbosa), Emerson Eloy Palmieri (Advogados: Itapuã Prestes de Messias e Henrique de Souza Vieira), Romeu Ferreira Queiroz (Advogado: José Antero Monteiro Filho), José Rodrigues Borba (Advogado: Inocêncio Mártires Coelho), Paulo Roberto Galvão da Rocha (Advogados: Márcio Luiz da Silva, Desirèe Lobo Muniz Santos Gomes e João dos Santos Gomes Filho), Anita Leocádia Pereira da Costa (Advogado: Luís Maximiliano Leal Telesca Mota), Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho) (Advogado: Márcio Luiz da Silva), João Magno de Moura (Advogado: Olinto Campos Vieira), Anderson Adauto Pereira (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Luiz Alves (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) (Advogado: Tales Castelo Branco), Zilmar Fernandes Silveira (Advogado: Tales Castelo Branco).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, resolveu a questão de ordem no sentido de indeferir o pedido de renovação de interrogatório. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 7 de outubro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

DÉCIMO TERCEIRO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL 470 — MG

(AP 470-AgR na *RTJ* 204/15, AP 470-QO na *RTJ* 204/483, AP 470-AgR-segundo na *RTJ* 210/1061, AP 470-QO-QO na *RTJ* 211/30, AP 470-QO3 na *RTJ* 211/37)

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Paulo Roberto Galvão da Rocha — Agravado: Ministério Público Federal — Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Sílvio José Pereira, Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane, Ayanna Tenório Tôrres de Jesus, João Paulo Cunha, Luiz Gushiken, Henrique Pizzolato, Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto, José Mohamed Janene, Pedro Henry Neto, João Cláudio de Carvalho Genu, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg, Carlos Alberto Quaglia, Valdemar Costa Neto, Jacinto de Souza Lamas, Antônio de Pádua de Souza Lamas, Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues), Roberto Jefferson Monteiro Francisco, Emerson Eloy Palmieri, Romeu Ferreira Queiroz, José Rodrigues Borba, Anita Leocádia Pereira da Costa, Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho), João Magno de Moura, Anderson Adauto Pereira, José Luiz Alves, José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes Silveira

Ação penal originária. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Oitiva de peritos. Pedido de corréu para que possa formular perguntas sobre questões diversas daquelas que motivaram o deferimento da oitiva. Recurso não provido.

A decisão atacada não só admite a participação de todos os réus na audiência designada para a oitiva de quatro peritos criminais federais, como também lhes faculta a formulação de perguntas. Apenas esclarece que as perguntas a serem eventualmente feitas em audiência devem, necessariamente, estar relacionadas às questões tidas como controversas nas peças que motivaram o deferimento da inquirição dos quatro peritos. Isso porque os peritos devem ser inquiridos apenas e tão somente sobre os pontos tidos como controversos nos laudos por eles apresentados.

Caso algum outro acusado quisesse ouvir, em juízo, os mesmos quatro peritos, ou outros, sobre questões diversas daquelas consideradas controversas, deveria a sua defesa ter peticionado nesse sentido, apresentando os respectivos motivos. Todavia, o recorrente não o fez.

Portanto, designada audiência para a oitiva de quatro peritos específicos, acerca de questões também específicas, não há

como ser acolhido pedido para que o recorrente possa, na audiência, formular perguntas sobre matéria diversa.

Por outro lado, a intimação dos peritos com dez dias de antecedência decorre de lei (CPP, art. 159, § 5º, I). Já em relação às partes, já decidiu o STF, reiteradas vezes, que basta a intimação da expedição da carta de ordem, sendo desnecessária a intimação acerca da designação da audiência pelo juízo ordenado.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, em receber os embargos de declaração como agravo regimental e a este, por unanimidade, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 11 de novembro de 2010 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O denunciado **Paulo Rocha**, por meio das petições 62.550/2010 e 63.528/2010, opôs embargos de declaração da decisão de fls. 40225-40228 (publicada em 4-11-2010), os quais foram convertidos em agravo regimental.

Alega o recorrente, em suma, que a decisão impugnada seria "contraditória" e "controvertida" porque, por um lado, admite a "participação das defesas em audiência" designada para oitiva de quatro peritos criminais federais e, por outro, nega o "oferecimento de quesitos por estas defesas".

Afirma, ainda, que os réus, e não apenas os peritos, também deveriam ser intimados com dez dias de antecedência da audiência.

Prossegue dizendo que o juízo encarregado da realização da audiência poderia entender pela "impertinência da indagação suscitada, ao argumento de que a matéria estaria preclusa (ou não deferida por Vossa Excelência), justamente pelo fato de não ter sido deferida a apresentação de quesitos, com a antecedência mínima de dez dias, consoante se fez em favor da defesa do corréu Valério".

Ao final, pede "a colmatação do ponto controvertido (...), em decisão integrativa, que viabilize oferecimento de quesitos". Caso "mantida a decisão de não abrir a possibilidade de se ofertarem quesitos", requer o indeferimento das "participações defensivas em audiência, para bem e melhor caracterizar o cerceamento defensivo implícito".

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): De saída, observo que, na decisão de fls. 39692-39693, esclareci que

> o INC, no **ofício** protocolizado nesta Corte sob o **n. 41900/2010**, informou que **todas as perícias requisitadas já foram concluídas**, estando "o material probatório utilizado para a elaboração dos laudos periciais (...) a disposição dos assistentes técnicos". [Texto original com outros destaques.]

Por essa razão, na mesma decisão (fls. 39692-39693), determinei que as partes fossem intimadas para, querendo,

(1) "**no prazo de trinta dias, apresentarem os pareceres dos seus respectivos assistentes técnicos**, sobre **todas** as perícias sobre as quais queiram se manifestar, ficando desde logo esclarecido que o material probatório que serviu de base às perícias está disponível, para exame de todos os assistentes técnicos, no Instituto Nacional de Criminalística", tal como prescrito no art. 159, § 5º, II, e § 6º, do CPP;

(2) "**no prazo de cinco dias** (contados do término do prazo de trinta dias acima assinalado e **independentemente de outro despacho ou decisão), manifestarem-se acerca das perícias** realizadas, inclusive sobre os pareceres de seus assistentes técnicos, consoante determinado na citada decisão de fls. 37695-37696."

Depois, já na decisão impugnada (de fls. 40225-40228), relatei que

> O denunciado Marcos Valério Fernandes de Souza, na petição de fls. 37051-37052, pediu a oitiva dos peritos Joaquim Eduardo A. Santoro e Donaldson Resende Soares, a fim de que esclarecessem o laudo 1870/2009 (fls. 34843-34858). Para tanto, alegou que os peritos
>
> > fizeram uma verdadeira confusão entre os conceitos de "descontos" e "bônus de volume", que comprometeu a clareza necessária à perícia e a análise dos contratos.
>
> Tal pleito foi indeferido na decisão de fls. 37048-37049, o que motivou o agravo regimental de fls. 39695-39696, no qual se sustentou que os peritos "misturaram os conceitos de 'descontos' e 'bônus de volume', como se pode ver no item 22 e nas respostas aos quesitos nos itens 32, 34, 36, 48, 49 e 53". Afirmou-se, ainda, que o réu está sendo "acusado de desvio de recursos no contrato do Banco do Brasil e a DNA Propaganda Ltda., exatamente em razão confusão entre os conceitos de 'descontos', 'bonificações' e 'bônus de volume'".
>
> Já na petição de fls. 38575-38576, o acusado Marcos Valério pediu a oitiva dos peritos criminais federais Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior, a fim de que esclarecessem o laudo 2046/2009 (fls. 37533-37545). Para tanto, disse que
>
> > em face da resposta n. 29 de fls. 37540, a defesa requer sejam os Senhores Peritos (...) convocados a comparecer em audiência, a fim de esclarecer quais seriam "os documentos constantes dos autos do processo" que lhes permitiram concluir que "a *Visanet* recebeu recursos tendo como origem

> o Banco do Brasil", bem como para esclarecer quais os valores e as datas dos mesmos recursos.
>
> Pois bem, na decisão de fls. 39692-39693, deferi a oitiva dos quatro peritos (Joaquim Eduardo A. Santoro, Donaldson Resende Soares, Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior), conforme requerido pelo réu Marcos Valério, o que resultou na prejudicialidade do agravo regimental de fls. 39695-39696.
>
> Nessa mesma decisão (de fls. 39692-39693), determinei que os peritos fossem "intimados com dez dias de antecedência da audiência" [tendo em vista o disposto no art. 159, § 5º, I, do CPP]. Levando em conta os alegados pontos controvertidos (mencionados pelo réu Marcos Valério na petição de fls. 37051-37052, no agravo regimental de fls. 39695-39696 e na petição de fls. 38575-38576), determinei, ainda, que
>
> (1) a oitiva de Joaquim Eduardo A. Santoro e Donaldson Resende Soares deveria ocorrer "especificamente sobre o laudo pericial n. 1870/2009";
>
> (2) a oitiva de Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior deveria se dar "especificamente sobre o laudo pericial n. 2046/2009".

Feito esse histórico, acrescento que, na mesma decisão atacada (fls. 40225-40228), determinei que fosse oficiado

> **ao Juízo Federal** encarregado da oitiva dos peritos, **com a máxima urgência, inclusive via fax**, explicitando o seguinte:
>
> (1) a oitiva dos peritos **Joaquim Eduardo A. Santoro** e **Donaldson Resende Soares** tem como única finalidade esclarecer as questões tidas como controversas na **petição de fls. 37051-37052** e no **agravo regimental de fls. 39695-39696**, todas relativas ao **laudo pericial n. 1870/2009** (fls. 34843-34858);
>
> (2) a oitiva dos peritos **Raphael Borges Mendes** e **Joacir C de Mesquita Júnior** tem como única finalidade esclarecer as questões tidas como controversas na **petição de fls. 38575-38576**, todas relativas ao **laudo pericial n. 2046/2009** (fls. 37533-37545);
>
> (3) os quatro peritos acima devem ser intimados com **antecedência mínima de dez dias** da audiência, constando do respectivo mandado o objetivo das oitivas, bem como **cópia** da petição de **fls. 37051-37052**, do agravo regimental de **fls. 39695-39696**, do laudo n. 1870/2009 (**fls. 34843-34858**), da petição de **fls. 38575-38576**, do laudo n. 2046/2009 (**fls. 37533-37545**), da decisão de **fls. 39692-39693** e da **presente decisão**;
>
> (4) todos os denunciados poderão comparecer à audiência e formular **perguntas**, as quais, todavia, devem, **necessariamente**, estar **relacionadas às questões tidas como controversas** na petição de fls. 37051-37052, no agravo regimental de fls. 39695-39696 e na petição de fls. 38575-38576;
>
> (5) **caso as providências acima não tenham sido observadas**, deve a **audiência** para a oitiva dos quatro peritos em questão ser **redesignada com urgência, para a data mais próxima possível**.

Ao final, também esclareci na decisão impugnada (fls. 40225-40228) que não era o caso de intimação dos réus para a formulação de quesitos ou questões a serem esclarecidas, pelas seguintes razões:

> Primeiro, porque a oitiva dos peritos em discussão foi requerida apenas pelo réu Marcos Valério, que apontou os pontos que julga controvertidos. Dito

de outro modo, caso os demais acusados tivessem a intenção de ouvir os mesmos peritos, deveriam ter peticionado nesse sentido, apresentando os respectivos motivos. Segundo, porque todos os denunciados poderão comparecer à audiência designada pelo juízo ordenado e formular perguntas, as quais, todavia, devem, necessariamente, estar relacionadas às questões tidas como controversas na petição de fls. 37051-37052, no agravo regimental de fls. 39695-39696 e na petição de fls. 38575-38576.

Noutras palavras, conforme se verifica, com facilidade, nesse breve resumo acima, não há qualquer contradição a ser esclarecida.

Com efeito, a decisão atacada não só admite a participação de todos os réus na audiência designada para oitiva de quatro peritos criminais federais, como também lhes faculta a formulação de perguntas. Apenas esclarece que as perguntas a serem eventualmente feitas em audiência "devem, necessariamente, estar relacionadas às questões tidas como controversas na petição de fls. 37051-37052, no agravo regimental de fls. 39695-39696 e na petição de fls. 38575-38576" (todas do réu Marcos Valério), **uma vez que foram essas peças que motivaram o deferimento da inquirição dos quatro peritos**.

Como é elementar, os peritos – cuja oitiva em juízo se dá apenas excepcionalmente, quando demonstrada a sua necessidade – devem ser inquiridos apenas e tão somente sobre os pontos tidos como controversos nos laudos por eles apresentados. Não sobre toda e qualquer questão que as partes queiram suscitar.

Conforme também assinalado na decisão impugnada, caso algum outro acusado (além de Marcos Valério) quisesse ouvir, em juízo, os mesmos quatro peritos, ou outros *experts*, sobre questões diversas daquelas consideradas controversas pelo corréu Marcos Valério, deveria a sua defesa "ter peticionado nesse sentido, apresentando os respectivos motivos".

Todavia, o recorrente não o fez, isto é, não pediu, fundamentadamente, a oitiva de quaisquer peritos.

Portanto, depois de deferida a designação de audiência para a oitiva de quatro peritos específicos, acerca de questões também específicas, identificadas em dois laudos igualmente particularizados, não há como ser acolhido pedido para que o recorrente possa, na audiência, formular perguntas sobre matéria diversa daquela cuja alegada controvérsia motivou o deferimento da oitiva dos quatro *experts*.

Em última análise, o que se percebe é que o recorrente pretende, na audiência em questão, formular perguntas sobre matéria alheia àquela tida como controversa, e que deu ensejo ao deferimento da inquirição dos quatro peritos já mencionados. E isso, meses **depois** de o INC ter informado, no ofício de fl. 39705 (protocolizado nesta Corte em 2-8-2010), que as perícias requisitadas já tinham sido concluídas, não havendo "solicitações a serem atendidas para a elaboração de exames periciais".

Por fim, observo que a intimação dos peritos com dez dias de antecedência decorre de lei (CPP, art. 159, § 5º, I). Já em relação às partes, já decidiu esta Corte

reiteradas vezes, inclusive nesta ação penal, que basta a intimação da expedição da carta de ordem, sendo desnecessária a intimação acerca da designação da audiência pelo juízo ordenado.

Por essas razões, voto pelo **não provimento** do recurso.

EXTRATO DA ATA

AP 470-AgR-décimo terceiro/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Paulo Roberto Galvão da Rocha (Advogados: Márcio Luiz da Silva, Desirèe Lobo Muniz Santos Gomes e João dos Santos Gomes Filho). Agravado: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva (Advogado: José Luis Mendes de Oliveira Lima), José Genoíno Neto (Advogada: Sandra Maria Gonçalves Pires), Delúbio Soares de Castro (Advogado: Celso Sanchez Vilardi), Sílvio José Pereira (Advogado: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró), Marcos Valério Fernandes de Souza (Advogado: Marcelo Leonardo), Ramon Hollerbach Cardoso (Advogado: Hermes Vilchez Guerrero), Cristiano de Mello Paz (Advogado: Castellar Modesto Guimarães Filho), Rogério Lanza Tolentino (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva), Simone Reis Lobo de Vasconcelos (Advogados: Leonardo Isaac Yarochewsky e Daniela Villani Bonaccorsi), Geiza Dias dos Santos (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva), Kátia Rabello (Advogado: Theodomiro Dias Neto), José Roberto Salgado (Advogado: Rodrigo Otávio Soares Pacheco), Vinícius Samarane (Advogado: José Carlos Dias), Ayanna Tenório Tôrres de Jesus (Advogado: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira), João Paulo Cunha (Advogado: Alberto Zacharias Toron), Luiz Gushiken (Advogado: José Roberto Leal de Carvalho), Henrique Pizzolato (Advogado: Marthius Sávio Cavalcante Lobato), Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto (Advogado: Eduardo Antônio Lucho Ferrão), José Mohamed Janene (Advogado: Marcelo Leal de Lima Oliveira), Pedro Henry Neto (Advogado: José Antonio Duarte Alvares), João Cláudio de Carvalho Genu (Advogado: Marco Antonio Meneghetti), Enivaldo Quadrado (Advogada: Priscila Corrêa Gioia), Breno Fischberg (Advogado: Leonardo Magalhães Avelar), Carlos Alberto Quaglia (Advogado: Dagoberto Antoria Dufau), Valdemar Costa Neto (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Jacinto de Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Antônio de Pádua de Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues) (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Roberto Jefferson Monteiro Francisco (Advogado: Luiz Francisco Corrêa Barbosa), Emerson Eloy Palmieri (Advogados: Itapuã Prestes de Messias e Henrique de Souza Vieira), Romeu Ferreira Queiroz (Advogado: José Antero Monteiro Filho), José Rodrigues Borba (Advogado: Inocêncio Mártires Coelho), Anita Leocádia Pereira da Costa (Advogado: Luís Maximiliano Leal Telesca Mota), Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho) (Advogado: Márcio Luiz da Silva), João Magno de Moura (Advogado: Olinto Campos Vieira), Anderson Adauto Pereira (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Luiz Alves (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça)

(Advogado: Tales Castelo Branco) e Zilmar Fernandes Silveira (Advogado: Tales Castelo Branco).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e a este, por unanimidade, negou provimento, nos termos do voto do relator. Ausentes o ministro Cezar Peluso (presidente), em representação para participar de compromissos na Suprema Corte americana, em Washington, e para proferir palestra sobre o Sistema Judiciário brasileiro, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, e, justificadamente, o ministro Celso de Mello e a ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o ministro Ayres Britto (vice-presidente).

Presidência do ministro Ayres Britto (vice-presidente). Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 11 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

EXTRADIÇÃO 1.151 — ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Requerente: Governo dos Estados Unidos da América — Extraditando: Mohammed Ali Awali ou Mohammed Awali

Extradição passiva de caráter instrutório – Suposta prática de tráfico de drogas e de associação para o tráfico de drogas – Pedido devidamente instruído – Observância, na espécie, dos critérios da dupla tipicidade e da dupla punibilidade – Súdito estrangeiro que alega possuir filho brasileiro – Causa que não obsta a entrega extradicional – Súmula 421/STF – Recepção pela vigente Constituição da República – Negativa de autoria – Pretendida discussão desse fundamento da defesa – Inadmissibilidade – Sistema de contenciosidade limitada – Alegada incerteza quanto ao local do cometimento dos crimes – Eficácia extraterritorial da legislação penal do Estado requerente – Incorporação, ao sistema de direito positivo interno do Brasil, da convenção única de Nova York sobre entorpecentes – Ausência, no Brasil, de procedimento de persecução penal instaurado, contra o extraditando, em razão dos mesmos fatos – Afastamento, em tal hipótese, do caráter prevalente da jurisdição penal brasileira – Consequente inexistência de concurso de jurisdições penais entre o Brasil e os Estados Unidos da América – Viabilidade de acolhimento, em tal situação, do pleito extradicional – Legislação do Estado requerente que comina, no caso, a pena de prisão perpétua – Inadmissibilidade dessa punição no sistema constitucional brasileiro (CF, art. 5º, XLXII, *b*) – Necessidade de o Estado requerente assumir, formalmente, o compromisso diplomático de comutar, em pena de prisão não superior a trinta anos, a pena de prisão perpétua – Exigência, na espécie, de detração penal – Extradição deferida, com restrição.

Extradição – Dupla tipicidade e dupla punibilidade.

– O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. Delitos imputados ao súdito estrangeiro – tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas (*conspiracy*) – que encontram, na espécie em exame, correspondência típica na legislação penal brasileira.

– O crime definido na legislação penal americana como *conspiracy* corresponde, no plano da tipicidade penal, ao delito de quadrilha ou bando (CP, art. 288) e, também, ao de associação para o tráfico de drogas previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006,

que reproduz, em seus aspectos essenciais, o art. 14 da revogada Lei 6.368/1976. Precedentes.

– Não se concederá a extradição, quando se achar extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Inocorrência, na espécie, de qualquer causa extintiva da punibilidade.

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

– A ação de extradição passiva, em face do sistema de contenciosidade limitada vigente em nosso ordenamento positivo (*RTJ* 161/409-411 – *RTJ* 170/746-747 – *RTJ* 183/42-43), não confere, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia, não cabendo, ainda, a esta Corte Suprema, o exame da negativa de autoria, bem assim a discussão em torno da ocorrência de situação alegadamente configuradora de flagrante preparado. A questão do delito de ensaio ou de experiência. Precedentes. Doutrina.

Existência de família brasileira, notadamente de filho com nacionalidade brasileira originária – Situação que não impede a extradição – Compatibilidade da Súmula 421/STF com a vigente Constituição da República – Pedido de extradição deferido.

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

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

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

Alegada incerteza quanto ao local do cometimento dos crimes – Eficácia extraterritorial da legislação penal do Estado requerente – Incorporação, ao sistema de direito positivo interno do Brasil, da convenção única de Nova York sobre entorpecentes.

– À semelhança do sistema normativo brasileiro (CP, art. 7º), os Estados Unidos da América também atribuem eficácia extraterritorial à sua legislação penal, tornando-a aplicável a fatos delituosos ocorridos fora do território americano, ainda que se trate de crimes praticados em espaços geográficos submetidos ao domínio de outras soberanias estrangeiras.

– A extraterritorialidade da lei penal não constitui fenômeno estranho aos diversos sistemas jurídicos existentes nos Estados nacionais, pois o direito comparado – com apoio em princípios como o da nacionalidade ou da personalidade (ativa e/ou passiva), o da proteção, o da universalidade e o da representação (ou da bandeira) – reconhece legítima a possibilidade de incidência, em territórios estrangeiros, do ordenamento penal de outros Estados.

– A Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes (1961), incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil (Decreto 54.216/1964), atribui competência internacional concorrente aos Estados nacionais em cujo território houver sido praticado qualquer dos fatos delituosos a que alude mencionada Convenção, o que legitima a formulação de pleito extradicional por parte de Estado que figure como porto de destino das substâncias entorpecentes e drogas afins objeto de operações criminosas, ainda que realizadas estas em territórios de outros países.

Concurso de jurisdição e inexistência, no Brasil, de procedimento penal-persecutório contra o extraditando: possibilidade de deferimento do pleito extradicional.

– Mesmo em ocorrendo concurso de jurisdições penais entre o Brasil e o Estado requerente, torna-se lícito deferir a extradição naquelas hipóteses em que o fato delituoso, ainda que pertencendo, cumulativamente, ao domínio das leis brasileiras, não haja originado procedimento penal-persecutório, contra o extraditando, perante órgãos competentes do Estado brasileiro. Precedentes.

Extradição, prisão perpétua e pena superior a trinta anos: necessidade de prévia comutação, em pena temporária (limite máximo de trinta anos), da pena prevista no Estado requerente – Obediência à declaração constitucional de direitos (CF, art. 5º, XLVII, *b*).

– A extradição somente será efetivada pelo Brasil, depois de deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua ou pena superior a trinta anos, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto

a elas, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-las em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b,* da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Precedentes: Ext 855/Chile, rel. min. Celso de Mello, *v.g*.

Detração penal e prisão cautelar para efeitos extradicionais.

– O período de duração da prisão cautelar que se decretou, no Brasil, para efeitos extradicionais, deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida, pelo súdito estrangeiro, no Estado requerente.

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 deferir, com restrição, o pedido de extradição, nos termos do voto do relator. Ausentes, neste julgamento, os ministros Marco Aurélio e Ayres Britto. Falou pelo extraditando o dr. Marco Antonio Arantes de Paiva.

Brasília, 17 de março de 2011 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **O Governo** dos Estados Unidos da América, **mediante** Nota Verbal (n. 497) **regularmente** apresentada por sua Missão Diplomática ao Governo brasileiro (fls. 84/87), **postula**, com base na Lei 6.815/1980 **e** no Tratado de Extradição **existente** entre o Brasil **e** o Estado ora requerente, **a entrega extradicional**, de caráter instrutório, **de MOHAMMED ALI AWALI ou MOHAMMED AWALI**, nacional libanês, **motivada** pela **suposta prática** dos crimes de associação para o tráfico **e** de tráfico internacional de entorpecentes.

Em 13-8-2008, nos autos **da PPE 610**, os Estados Unidos da América, pela Nota Verbal 340 (**Apenso**, fls. 4/7), **requereram a decretação da prisão preventiva**, para efeitos extradicionais, do súdito estrangeiro ora reclamado.

Em consequência desse pleito de índole cautelar, **decretei**, **em 18-8-2008** (**Apenso**, fls. 20/21), **a prisão** processual de referido nacional libanês, **efetivada em 28-8-2008** (**Apenso**, fl. 38).

Como a prisão ocorreu no Estado de São Paulo, **deleguei competência** a juiz federal **daquela** seção judiciária **para a realização** do interrogatório do ora extraditando (fl. 184), **que se deu** no dia **27-1-2009** (fls. 195/198), **havendo**

Estado presente, a esse ato, **o ilustre advogado** que o súdito estrangeiro em questão constituiu "*apud acta*" (fl. 195).

O extraditando, **por intermédio** de seu advogado, **produziu** defesa técnica, **em que impugnou** o pedido extradicional ora em julgamento (fls. 200/203), **apoiando-se**, para tanto, **nos seguintes fundamentos**: (**a**) **instrução deficiente** do pedido de extradição, alegadamente **desacompanhado** de cópia do mandado de prisão, "*com a frágil identificação do pretenso extraditando, informações sobre o processo e não documentos probantes para se avaliar a tipicidade e correspondência do crime a ele atribuído*" (fl. 201); (**b**) **ausência** "*de qualquer prova de seu envolvimento com o narcotráfico*" (fl. 201); (**c**) **existência de filha brasileira menor**, com sete anos, "*que depende dele economicamente*" (fl. 201); (**d**) **identificação insuficiente** do ora extraditando; (**e**) **incerteza quanto ao local** dos crimes; (**f**) **ocorrência de interesse nacional** que obstaria o deferimento do pedido de extradição; (**g**) suposta **configuração de crime provocado** por agente policial estrangeiro; (**h**) **falta de correspondência típica**, no ordenamento penal brasileiro, quanto ao crime de conspiração ("*conspiracy*"); (**i**) **ocupação lícita e honesta** do extraditando (açougueiro) **e** (**j**) **permanência regular** em território nacional.

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra da ilustre subprocuradora-geral da República, dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **aprovado** pelo eminente chefe dessa Instituição, **assim resumiu e apreciou** o presente pedido extradicional (fls. 231/234):

> ***EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRONÚNCIA DO GRANDE JÚRI DO DISTRITO DE COLUMBIA. SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE "CONSPIRAÇÃO" PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DUPLA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE O ESTADO REQUERENTE FIRMAR O COMPROMISSO DE NÃO APLICAÇÃO DA PRISÃO PERPÉTUA E DA PENA MÁXIMA DE 40 (QUARENTA) ANOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA EXTRADIÇÃO.***
>
> ***1. O Governo dos Estados Unidos da América**, com base em Tratado bilateral específico, formalizou pedido de extradição instrutória em desfavor do nacional libanês MOHAMMED ALI AWALI ou MOHAMMED AWALI, com fundamento em mandado de prisão emitido pelo Tribunal Federal do Distrito de Columbia, pela suposta prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de conspiração para o tráfico ilícito de entorpecentes, consoante o teor da Nota Verbal n. 497 (fls. 4/169).*
>
> ***2. A prisão preventiva para fins de extradição foi decretada em 18 de agosto de 2008**, tendo sido efetivada em 28 de agosto (PPE* n. *610, fls. 20/21 e 38, respectivamente).*
>
> ***3. Constam dos autos o interrogatório do extraditando** (fls. 196/198), bem como sua defesa técnica na qual alega, em síntese: **i)** a instrução deficitária do pedido de extradição, não havendo documentos que comprovem a presença do requisito da dupla tipicidade ou o grau de sua participação na consumação dos delitos; **ii)** que o Estado requerente não logrou êxito em providenciar uma boa identificação de sua pessoa; **iii)** que não se encaminhou cópia do mandado de*

prisão ou da denúncia, o que dificulta o exercício de seu direito de defesa ***e iv****) que o pedido não traz indicações precisas a respeito do local em que os fatos teriam ocorrido (fls. 200/203).*

4. Em cumprimento ao despacho de fls. 228*, vieram os autos à Procuradoria Geral da República para manifestação.*

5. Os fatos pelos quais o extraditando está sendo investigado no país requerente podem ser assim resumidos*:*

> ***Enquadramento 1****: **Conspiração para importar** (**I**) cinco (5) kilogramas ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de cocaína, (...), para os Estados Unidos vindo de um local de fora, em violação ao Código dos Estados Unidos (U. S. C.), Título 21, Seções 952 e 960;* ***e*** *(**II**) distribuir cinco (5) kilogramas ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de cocaína, (...), em violação ao U. S. C., Título 21, Seções 959 (a) e 960, todas em violação ao U. S. C., Título 21, Seções 960 e 963, e Título 18 U. S. C., Seção 2; e*
>
> ***Enquadramento 2****: **Distribuir** 500 (quinhentos) gramas ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de cocaína, (...), com conhecimento e intenção de importar para os Estados Unidos vindo de um local de fora, em violação ao U. S. C., Título 21, Seções 959 e Título 18 U. S. C., Seção 2. (Fl. 85)*

6. Da análise dos autos*, verifica-se que o Estado requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, por ser o destinatário do entorpecente apreendido, estando, portanto, em perfeita consonância com o disposto no art. 1º do Tratado específico.*

7. O pedido formal de extradição foi instruído pelo Governo norte-americano*, atendendo-se ao previsto no art. 8º do Tratado específico, com cópia do mandado de prisão; da acusação e dos demais documentos exigidos, havendo indicações sobre o local, datas, natureza e circunstância dos fatos delituosos, como se verifica a partir da análise dos documentos de fl. 44 e seguintes.*

8. Constam também dos autos cópias dos textos legais pertinentes*, de modo a permitir ao Supremo Tribunal Federal o exame seguro do requisito da dupla tipicidade (fls. 55/64).*

9. Os crimes não possuem conotação política*, afastando-se, portanto, a vedação do art. 5º, 5, do Tratado bilateral.*

10. Os fatos imputados ao extraditando nos §§ 960*, (a), (3) e 963 do Código dos Estados Unidos encontram, no ordenamento jurídico pátrio, equivalência nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico, previstos nos arts. 33,* "*caput*"*, e 35,* "*caput*"*, da Lei n. 11.343/06.*

11. Convém ressaltar que os delitos de "conspiração" para o tráfico internacional de entorpecentes e o de tráfico internacional de entorpecentes enquadram-se nos 27 e 28 do art. 2º do Tratado específico*.*

12. Satisfeito*, por conseguinte, o requisito da dupla tipicidade.*

13. Em atendimento ao disposto no art. 5º*, 3, do Tratado bilateral específico, cumpre salientar que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva sob a ótica da legislação de ambos os Estados.*

14. É que consta contra o extraditando mandado de prisão por crime de tráfico ilícito de entorpecentes*, na modalidade de distribuir, c/c associação para o tráfico, cujas penas máximas são, respectivamente, de 40 (quarenta) anos e de prisão perpétua (fls. 60 e 61). Consoante a legislação norte-americana, o*

Ministério Público tem um prazo prescricional de 5 (cinco) anos para apresentar formalmente sua acusação.

***15. Dessarte**, tendo em vista que os delitos teriam ocorrido entre maio de 2007 e abril de 2008, não há que se falar em extinção da punibilidade.*

***16. Nos termos da lei brasileira**, também não há que se falar em prescrição. A pena aplicada em razão da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, prescrevendo, nos termos do art. 109, I, do CPB, em 20 anos, ou seja, em 2028, e, quanto ao delito de associação para o tráfico, a pena máxima é de 10 (dez) anos, prescrevendo em 16 (dezesseis) anos, isto é, em 2024 (art. 109, II, CPB).*

***17. No tocante aos demais argumentos sustentados pelo extraditando**, observa-se que o regime brasileiro de extradição passiva adotou o sistema da contenciosidade limitada, não permitindo, salvo algumas exceções, indagações pertinentes ao ilícito criminal que justificou a formulação do pedido de extradição.*

***18. Ao contrário do aventado pela defesa**, é inegável a competência do Estado requerente para o julgamento dos supostos crimes praticados pelo extraditando. Isso porque, segundo consta nos autos, os Estados Unidos era o destinatário final do tráfico ilícito de entorpecente.*

***19. Outrossim**, de acordo com a Nota Verbal, a acusação possui fortes indícios da participação do extraditando nos delitos praticados, dentre os quais, cita-se a existência de gravações telefônicas e o depoimento de um agente infiltrado do DEA que teria negociado a entrada ilegal da cocaína nos Estados Unidos (fls. 74/76).*

***20. Ressalte-se**, por fim, que, **segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, o pedido de extradição **deve** ser deferido **sob condição** de que o Estado requerente **assuma**, em caráter formal, **o compromisso de comutar** a eventual pena de 40 (quarenta) anos **e** a de prisão perpétua em penas **privativas** de liberdade com o prazo **máximo** de 30 (trinta) anos.*

***21. Ante o exposto**, manifesta-se o Ministério Público **pela concessão do pedido de extradição instrutória**, atentando-se para a consideração acima exposta.* [**Grifei**.]

Observo, *finalmente*, que o ora extraditando **foi removido** para a Penitenciária Federal de Porto Velho/RO (fls. 293 **e** 310/311).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **O Governo** dos Estados Unidos da América **pretende** a entrega extradicional de MOHAMMED ALI AWALI ou MOHAMMED AWALI, súdito libanês, **contra quem existe**, naquele País, procedimento penal **pela suposta** prática dos crimes de tráfico internacional de drogas **e** de associação para o tráfico, **alegadamente** cometidos **entre** maio de 2007 **e** abril de 2008 **e objeto** de acusação penal formulada em 25-4-2008 (fl. 84).

A presente extradição reveste-se de caráter instrutório (YUSSEF SAID CAHALI, "**Estatuto do Estrangeiro**", p. 315, item n. 26.30, 2. ed., 2011, RT; GILDA RUSSOMANO, "**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**", p. 22, 2. ed., 1973, Konfino; MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 318, 1985, Forense), **pois** o ora extraditando – **porque**

sujeito a procedimento penal em curso – **ainda não sofreu** condenação definitiva **pela eventual perpetração** das mencionadas infrações delituosas.

Assinalo que esta extradição **encontra** fundamento jurídico **no Tratado de Extradição celebrado** entre o Brasil **e** os Estados Unidos da América.

Registro, por necessário, **que o ciclo de incorporação** desse tratado bilateral **encerrou-se**, regularmente, **com a sua aprovação** pelo Congresso Nacional (**Decreto Legislativo** 13/1964), **a que se seguiram** a ratificação pelo chefe de Estado brasileiro **e** a consequente promulgação pelo Decreto Executivo 55.750/1965, **observado**, desse modo, o procedimento ritual **a que se refere** a jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ 174/463-465**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RTJ 179/493-496**, rel. min. CELSO DE MELLO).

Acentuo, *de outro lado*, **que o extraditando** – que está preso **e** recolhido à disposição deste Tribunal (**Apenso**, fl. 38) – **foi interrogado** por magistrado federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

O ato de interrogatório judicial foi realizado **na presença** de advogado constituído "*apud acta*" pelo ora extraditando (fls. 195/198).

O extraditando, **por intermédio** de advogado constituído, **produziu** competente defesa técnica, **em que impugnou** o pedido extradicional ora em julgamento (fls. 200/203).

Saliento, *desde logo*, que o Estado requerente **apresentou cópia da legislação necessária** ao julgamento da presente extradição. Na realidade, **produziu-se**, nestes autos, **cópia** do mandado de prisão (fls. 32 **e** 121) **e** dos textos legais **referentes** à tipificação dos delitos de tráfico de entorpecentes **e** de associação para o tráfico ("*conspiração*") **e concernentes** à respectiva cominação penal (fls. 104/113), **bem assim** à correspondente prescrição penal (fl. 114).

Vale referir, a respeito *da manifesta inocorrência* da consumação da prescrição penal, **o correto pronunciamento** emanado da douta Procuradoria-Geral da República (fl. 233, **itens** n. 13 a 16):

> ***13. Em atendimento*** *ao disposto no art. 5º, 3, do Tratado bilateral específico, cumpre salientar que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva sob a ótica da legislação de ambos os Estados.*
>
> ***14. É que consta contra o extraditando mandado de prisão por crime*** *de tráfico ilícito de entorpecentes,* ***na modalidade*** *de distribuir,* ***c/c associação*** *para o tráfico,* ***cujas penas máximas são****, respectivamente,* ***de 40 (quarenta) anos e de prisão perpétua*** *(fls. 60 e 61).* ***Consoante*** *a legislação norte-americana, o Ministério Público* ***tem um prazo prescricional*** *de 5 (cinco) anos* ***para apresentar*** *formalmente sua acusação.*
>
> ***15. Dessarte****, tendo em vista que os delitos* ***teriam ocorrido*** *entre maio de 2007* ***e*** *abril de 2008,* ***não há*** *que se falar em extinção da punibilidade.*
>
> ***16. Nos termos da lei brasileira****,* ***também não há que se falar*** *em prescrição. A pena aplicada em razão da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos,* ***prescrevendo****, nos termos do art. 109, I, do CPB,* ***em 20 anos****, ou seja,* ***em 2028****,* ***e****, quanto ao delito de associação para o tráfico,* ***a pena***

***máxima** é de 10 (dez) anos, **prescrevendo** em 16 (dezesseis) anos, isto é, **em 2024** (art. 109, II, CPB).* [**Grifei**.]

Vê-se, *pois*, **que o exame** da presente causa **revela que a pretensão extradicional** ora deduzida pelo Governo dos Estados Unidos da América **satisfaz**, *integralmente*, a exigência concernente **ao postulado** da dupla punibilidade.

Possível, desse modo, sob tal aspecto, **a extradição** (de natureza instrutória) **ora pretendida** pelo Governo dos Estados Unidos da América, **eis que inteiramente observada**, no caso, **a exigência** da dupla punibilidade.

A defesa do extraditando **sustenta** que o pedido extradicional se mostra deficientemente instruído, "*com frágil identificação do pretenso extraditando, informações sobre o processo e não documentos probantes para se avaliar a tipicidade e correspondência do crime a ele atribuído*" (fl. 201).

Tenho para mim *que improcede* a alegação do extraditando de que a instrução do presente pedido revelar-se-ia insuficiente, **eis** que a documentação produzida nestes autos **contém** as informações necessárias **aptas a indicar** a natureza das práticas delituosas atribuídas ao súdito estrangeiro em questão, **observando**, *plenamente*, **a exigência** estabelecida pela jurisprudência **firmada** por esta Suprema Corte, **notadamente** no que concerne aos elementos obrigatórios que devem acompanhar o pleito extradicional:

> ***EXTRADIÇÃO. (...) DÚVIDAS SOBRE CORRETA IDENTIFICAÇÃO DO EXTRADITANDO. INEXISTÊNCIA. EXTRADITANDO QUE RESPONDE A PROCESSO NO BRASIL. FATOS DIVERSOS. PEDIDO DEFERIDO. EXTRADIÇÃO CONDICIONADA AO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA NO BRASIL.***
>
> ***1. O pedido de extradição foi formalizado** nos autos, **com mandado de prisão** que indica precisamente o local, a data, a natureza e as circunstâncias dos fatos delituosos atribuídos ao extraditando, **transcrevendo** os dispositivos legais da ordem jurídica alemã pertinentes* ao caso. ***Observados os requisitos** do art. 77 da Lei 6.815/1980.*
>
> ***2. Indícios** de autoria **e** de materialidade **evidenciados** no mandado de prisão, **que faz alusão** a provas testemunhais e documentais do suposto envolvimento do extraditando nos fatos que lhe são imputados.* [**Ext 1.015/República Federal da Alemanha**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.]

Além de o pleito extradicional haver sido instruído **com cópia** do mandado de prisão **expedido** por autoridade judiciária competente, **que contém** os dados referentes ao processo penal a que o ora extraditando responde nos Estados Unidos da América (fls. 32 **e** 121), **cabe destacar** que o súdito estrangeiro em questão **está devidamente identificado** nas peças que instruem este processo (fl. 76).

Impende acentuar, *ainda*, **quanto a esse ponto**, que o próprio extraditando, **em seu interrogatório judicial** (fl. 197), **reconheceu-se** na foto **que consta** como "*prova E*" do pedido de extradição (fls. 40/41 e 78/79) **e que se refere**,

precisamente, à pessoa do súdito estrangeiro ora reclamado pelos Estados Unidos da América.

A pretensão extradicional deduzida pelo Governo dos Estados Unidos da América **também satisfaz**, *de outro lado*, **a exigência** concernente **ao postulado** da dupla tipicidade.

É de se rejeitar, por isso mesmo, **a alegação** do ora extraditando **de que o delito de conspiração**, a ele imputado pelas autoridades americanas, não encontra correspondência típica no ordenamento jurídico brasileiro (fl. 203, **item** n. 13).

O exame dos autos, *no entanto*, **evidencia que inexiste** qualquer obstáculo legal **ao deferimento** deste pedido de extradição **relativamente** à **suposta** prática dos crimes de **tráfico de entorpecentes e de associação criminosa para a prática de tal ilícito penal** ("*conspiracy*"), **pois**, em relação a essas espécies delituosas, **acha-se atendido** o princípio da dupla tipicidade, **além** de satisfeitos **todos** os requisitos e condições **a que alude** o art. 78 do Estatuto do Estrangeiro, **inocorrendo**, *ademais*, **quanto** às infrações penais mencionadas, **qualquer** dos fatores de vedação **inscritos** *tanto* na Lei 6.815/1980 *quanto* no tratado bilateral de extradição Brasil/EUA, **que prevê**, *de modo expresso*, **dentre** os delitos **suscetíveis** de legitimar a extradição, **os crimes** de tráfico de entorpecentes **e** de associação para o tráfico (**Tratado**, Artigo II, n. 27 e 28).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal **firmou** diretriz jurisprudencial **no sentido** de que o crime **definido** na legislação penal americana como "*conspiracy*" **corresponde**, *no plano da tipicidade penal*, ao delito de quadrilha ou bando (**CP**, art. 288) **e**, *também*, ao de associação **previsto** no art. 35 da Lei 11.343/2006, **que reproduz**, *em seus aspectos essenciais*, o art. 14 **da revogada** Lei 6.368/1976 (**RTJ 146/749**, rel. p/ o ac. min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 183/55-56**, rel. min. ILMAR GALVÃO – **RTJ 197/384**, rel. min. AYRES BRITTO – **Ext 1.069/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**, rel. min. GILMAR MENDES, *v.g.*):

> ***I – Extradição: delito de conspiração: dúplice incriminação do fato: concorrência dos demais pressupostos: deferimento.***
>
> ***1. A conspiração não encontra*** *correspondente no Brasil* ***apenas*** *no delito de quadrilha ou bando (****cf. Ext*** **862***, Plenário, 23-4-2003, Maurício Corrêa, DJ de 6-6-2003;* ***Ext 912****, Plenário, 17-12-2004, Joaquim Barbosa, DJ de 29-4-2005).*
>
> ***2. Quando****, dentre as finalidades da quadrilha,* ***encontra-se a prática de crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes****, como no caso, a conduta corresponde à figura específica de associação prevista no art. 14 da Lei 6.368/1976 (v.g., HC 72.674, Segunda Turma, 26-3-1996, Maurício Corrêa, DJ de 3-5-1996; HC 73.119, Segunda Turma, 13-2-1996, Carlos Velloso, DJ de 19-4-1996), o qual, de resto, não foi revogado pela Lei 8.072/1990 (v.g., HC 72.862, Segunda Turma, 7-11-1995, Néri da Silveira, DJ de 25-10-1996).*
>
> ***3. E a associação para o tráfico enquadra-se*** *dentre aqueles* ***passíveis*** *de extradição* ***segundo*** *o art. 2º, n. 27 e 28,* ***do Tratado*** *entre o Brasil e os Estados Unidos. (...).* [**RTJ 201/33**, *rel. min.* SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.]

Daí a correta observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República **quanto ao atendimento**, na espécie, da exigência da dupla tipicidade (**fl. 233**, **itens** n. 8 a 12):

> ***8. Constam também dos autos cópias*** *dos textos legais pertinentes, de modo a permitir ao Supremo Tribunal Federal o exame seguro do requisito da dupla tipicidade (fls. 55/64).*
>
> ***9. Os crimes não possuem conotação política****, afastando-se, portanto, a vedação do art. 5º, 5, do Tratado bilateral.*
>
> ***10. Os fatos imputados ao extraditando*** *nos* §§ 960, (a), (3) e 963 do Código dos Estados Unidos ***encontram****, no ordenamento jurídico pátrio,* ***equivalência*** *nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes* ***e*** *de associação para o tráfico, previstos nos arts. 33,* "*caput*"*, e 35,* "*caput*"*, da Lei 11.343/2006.*
>
> ***11. Convém ressaltar*** *que os delitos de* "*conspiração*" *para o tráfico internacional de entorpecentes e o de tráfico internacional de entorpecentes* ***enquadram-se*** *nos 27 e 28 do art. 2º do Tratado específico.*
>
> ***12. Satisfeito****, por conseguinte,* ***o requisito*** *da dupla tipicidade.* [**Grifei**.]

Nem se diga que este pedido extradicional **deveria** ser indeferido, **porque** – *segundo sustenta a defesa* – **são insuficientes** os elementos reveladores **da suposta autoria**, *pelo ora extraditando*, dos crimes cuja prática se lhe atribuiu.

Na realidade, **mostra-se inviável** qualquer análise **do quadro probatório** concernente **ao procedimento penal** instaurado, nos Estados Unidos da América, **contra** o ora extraditando, **que sustenta**, em sua defesa, **a inocorrência de comprovação** de seu pessoal envolvimento na prática delituosa que lhe foi imputada por autoridades do Estado requerente.

O Plenário desta Suprema Corte, **ao não admitir**, *em sede extradicional*, a discussão em torno **da negativa de autoria** da infração penal **motivadora** do pedido extradicional, **teve o ensejo de proferir** decisões consubstanciadas em acórdãos assim ementados **e cujo teor** *desautoriza* o pretendido exame do conjunto probatório:

> ***Irrelevância****, perante o juízo de controle da legalidade da extradição,* ***da negativa de autoria*** *da ação criminosa,* ***cujo exame*** *cabe à Justiça* ***do Estado requerente****, competente para o exame do merecimento da ação penal.* [**Ext 661/ República Italiana**, rel. min. OCTAVIO GALLOTTI – **Grifei**.]

> ***PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE****.*
>
> – A ação de extradição passiva ***não confere****, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal,* ***qualquer*** *poder de indagação* ***sobre o mérito*** *da pretensão deduzida pelo Estado requerente* ***ou sobre o contexto probatório*** *em que a postulação extradicional se apoia,* ***não cabendo****, ainda,* ***a esta*** *Corte Suprema,* ***o exame da negativa de autoria*** *invocada pelo extraditando em sua defesa.* ***Precedentes****.* ***Doutrina****.*
>
> – ***O sistema de contenciosidade limitada****, que caracteriza o regime jurídico* ***da extradição passiva*** *no direito positivo brasileiro,* ***não permite****, ordinariamente,*

qualquer *indagação probatória* ***pertinente*** *ao ilícito criminal* ***cuja persecução****, no exterior,* ***justifica*** *o ajuizamento da demanda extradicional* ***perante*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***ressalvada*** *a hipótese* ***prevista no inciso LI*** *do art. 5º da Constituição da República (*"*...****salvo o naturalizado****, em caso (...)* ***de comprovado*** *envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,* ***na forma*** *da lei*"*).* [**Ext 1.121/EUA**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Não cabe*, em processo de extradição,* ***o exame do mérito*** *da pretensão penal* ***deduzida*** *em juízo no país solicitante,* ***razão por que alegações concernentes*** *à matéria de defesa* ***própria*** *da ação penal,* ***tal como a negativa de autoria, não elidem*** *o deferimento do pedido.* ***Precedentes****. (...).* [**Ext 1.126/República Federal da Alemanha**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.]

Cabe referir, *de outro lado*, **que também não se sustenta** a tese defensiva de que o pedido extradicional **revelar-se-ia inacolhível**, pelo fato de existir, **contra** o ora extraditando, situação *alegadamente* descaracterizadora do crime de tráfico de entorpecentes, **por se achar supostamente configurada**, *na espécie*, **segundo sustentado** na defesa técnica (fl. 202, **item** n. 11), a hipótese de mero **delito de ensaio**, que constitui modalidade de crime putativo (Súmula 145/STF).

Ainda que lícito e possível (**consideradas as restrições** impostas pelo *sistema de contenciosidade limitada*) **o fato é que o exame** das declarações juramentadas **que acompanham** o presente pedido de extradição **não permite inferir**, *sequer minimamente*, **a suposta ocorrência**, no caso, de flagrante preparado por agentes policiais, **como se observa** do seguinte fragmento do "*affidavit*", **em que demonstrada**, pela descrição dos fatos, **a espontaneidade** do agente, ora extraditando, na realização da suposta prática dos crimes que lhe foram imputados, **notadamente** o delito de tráfico internacional de entorpecentes (fls. 75/76):

9. *(...).* ***Durante*** *essa reunião, Zaitar* ***e AWALI*** *falaram sobre a venda de 50 quilos de cocaína ao CI-1 que, por sua vez, enviaria para Nova Iorque.* ***Foi acertado*** *depois que Zaitar* ***e AWALI*** *primeiramente* ***forneceriam*** *um quilo de cocaína ao CI-1* ***como amostra*** *para que seu* "*chefe*" *em Nova Iorque, pudesse comprovar a qualidade da cocaína. (...).*

10. No dia 6 de outubro de 2007*, o CI-1 se reuniu com AWALI e entregou $ 6.500 em moeda dos Estados Unidos para AWALI em troca do quilo de cocaína. AWALI então entregou ao CI-1 uma mala com um compartimento secreto que continha um quilo de cocaína. (...).*

11. Vários dias depois*, em 13 de outubro de 2007, Zaitar ligou para o U/C para saber se a amostra de um quilo de cocaína tinha sido aceita. Depois combinaram de se reunirem no Chile para falar sobre as futuras transações de cocaína.*

12. Por volta do dia 30 de outubro de 2007*, Zaitar se reuniu com o U/C e o CI-1 em Santiago, no Chile, onde Zaitar falou de vender-lhes de 50 a 100 quilos de cocaína. Zaitar explicou que tinha acesso a grandes quantidades de cocaína da Bolívia e que a cocaína seria transportada da Bolívia para o Paraguai* ***e, por último, para os Estados Unidos****. (...).* [**Grifei**.]

Cumpre destacar que esta Suprema Corte, em situação muito semelhante à ora em exame, **já repeliu** a possibilidade, em sede de extradição, **de reexame** do

conjunto probatório **visando à verificação** da ocorrência, ou não, de flagrante preparado **ou** de *delito de ensaio ou de experiência* (**HC 73.087/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO), **tal como expressamente constou** de voto proferido pelo eminente ministro CARLOS VELLOSO, relator da **Ext 720/República Portuguesa**:

> ***No processo de extradição**, a Justiça brasileira (...), **não examina o mérito** da ação penal **que corre ou que correu** no Estado requerente, **vale dizer, não apura** a procedência ou não da acusação. **O Supremo Tribunal Federal**, no processo de extradição, **simplesmente examina e confere** a ocorrência dos requisitos e condições para o deferimento do pedido, conforme, aliás, é da jurisprudência da Casa (...).*
>
> *(...)*
>
> ***O que interessa**, no caso, é **a verificação da existência** de fato típico, **vale dizer**, acusação da prática de fato típico – **crime** na legislação do Estado requerente, crime na legislação brasileira. **Se isto ocorre, não tem relevância a indagação a respeito da credibilidade das provas existentes contra o extraditando**.* [**RTJ 170/746**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.]

Vê-se, desse modo, que **nenhum** relevo tem, **para o sistema extradicional vigente no Brasil**, a pretendida discussão probatória **sobre** a realidade material do fato delituoso **e sobre** os elementos de convicção **concernentes** ao alegado envolvimento do extraditando na prática criminosa (**RTJ 160/105-106**, rel. min. CELSO DE MELLO).

Como ressaltado, **não cabe** discutir **nem** reexaminar, **nesta** sede extradicional, **considerado** o modelo de contenciosidade limitada **prevalecente** em nosso ordenamento jurídico, **as alegações** do ora extraditando **de que não foi autor** do fato delituoso, **ou**, *então*, **de que não haveria comprovação** de seu envolvimento **na suposta** prática dos crimes que lhe foram atribuídos.

O modelo que rege, **no Brasil**, a disciplina normativa da extradição passiva – **vinculado**, quanto à sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga – **não autoriza** que se renove, **no âmbito do processo extradicional**, o litígio penal que lhe deu origem, **nem que se promova** o reexame ou rediscussão do mérito (**RTJ** 161/409-411 – **RTJ** 170/746-747).

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo **de mera** delibação sobre a postulação extradicional, **só excepcionalmente analisa** aspectos materiais **concernentes** à própria substância da imputação penal, **desde que** esse exame se torne **indispensável** à solução de eventual controvérsia concernente (**a**) **à ocorrência** de prescrição penal, (**b**) **à observância** do princípio da dupla tipicidade **ou** (**c**) **à configuração** eventualmente política, **tanto** do delito imputado ao extraditando **quanto** das razões que levaram uma soberania estrangeira a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

Esse sistema de controle limitado – que enseja mera verificação jurisdicional **de pontos determinados** referidos pela própria legislação doméstica brasileira ou, *quando existente*, pelo tratado bilateral específico –, **além de não viabilizar** a possibilidade **de qualquer** juízo de revisão sobre os fatos

subjacentes ao pedido extradicional (como já **precedentemente** enfatizado), **restringe** a atividade processual do Supremo Tribunal Federal ao plano da mera delibação.

Isso significa, na perspectiva do modelo extradicional **vigente** no ordenamento jurídico brasileiro (**Lei 6.815/1980**) – **que repele** a possibilidade **de revisão ou de reapreciação** do mérito da acusação penal **ou** da condenação criminal proferidas no âmbito do Estado requerente –, **que o Estatuto do Estrangeiro consagra o sistema de contenciosidade limitada** (**Ext 720-ED/República Portuguesa**, rel. min. CELSO DE MELLO), **que circunscreve** o "*thema decidendum*", nas ações de extradição passiva, **à análise dos pressupostos** (art. 77) **e das condições** (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro, **consoante proclama iterativa jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 161/409-411**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Cumpre enfatizar, *bem por isso*, **que nenhum relevo** tem, **para o sistema extradicional vigente no Brasil**, **a discussão pertinente às circunstâncias de fato concernentes** à realidade material do delito **e à prova da suposta participação** do súdito estrangeiro reclamado.

É por tal razão que esta Corte Suprema, *por mais de uma vez*, com apoio **em autorizado** magistério doutrinário (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Tratado de Direito Penal**", vol. I/319, 2. ed., 1964, Saraiva; MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 336, 1985, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, "**Estatuto do Estrangeiro**", p. 324/328, item n. 26.33, 2. ed., 2011, RT; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "**Direito Internacional Público – Curso Elementar**", p. 204, item n. 118, 1989, Saraiva; NEGI CALIXTO, "**A Propósito da Extradição: a Impossibilidade de o STF Apreciar o Mérito no Processo de Extradição. Indisponibilidade do Controle Jurisdicional na Extradição**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 109/163, *v.g.*) –, **já advertiu** que "*a justiça ou injustiça, a procedência ou improcedência da acusação* ***escapam*** *ao exame do Tribunal*" (**Ext 183/Suíça**, rel. min. EDGARD COSTA – **Grifei**).

Cumpre não desconsiderar, *por isso mesmo*, **a propósito da impossibilidade** de discussão probatória em sede extradicional, **a advertência** de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Tratado de Direito Penal**", vol. 1/319, 2. ed., 1964, Saraiva):

> ***O pronunciamento judiciário não visa decidir sobre o mérito da extradição****. O juiz do Estado requerido* ***não pode indagar*** *dos pressupostos da* ***persecução penal*** *no Estado requerente,* ***nem cuidar*** *da justiça ou injustiça da condenação neste pronunciada.*
>
> ***Os tribunais do Estado****, a que é solicitada a entrega,* ***apenas resolvem sobre a admissibilidade*** *da extradição.* ***Restringe-se****, assim,* ***o thema decidendum****, no processo de extradição passiva, ao exame* ***e*** *julgamento das condições* ***e*** *pressupostos da extradição.* [**Grifei**.]

Daí a exata observação de JOSÉ FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público – Curso Elementar**", p. 201, item n. 121, 10. ed., 2005,

Saraiva), **que destaca as restrições** de ordem temática **pertinentes** ao direito de defesa, **quando** exercido no contexto de processo extradicional:

> ***A defesa*** *do extraditando* ***não pode explorar*** *o mérito da acusação:* ***ela será impertinente*** *em tudo quanto* ***não diga respeito*** *à sua identidade, à instrução do pedido* ***ou*** *à ilegalidade da extradição à luz da lei específica.* [**Grifei**.]

Esse **mesmo** entendimento é **também** sustentado por MIRTÔ FRAGA ("**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 341/342, item n. 2, 1985, Forense), **que acentua**, *de maneira bastante expressiva*, **a plena validade constitucional** das limitações impostas à defesa, no processo extradicional, pelo art. 85, § 1º, da Lei 6.815/1980:

> *Nos termos do § 1º,* ***a defesa do extraditando não é ampla, estando circunscrita a três pontos****, isto é, à identidade do extraditando, à instrução do pedido e à ilegalidade da extradição, segundo a lei brasileira ou o tratado aplicável ao caso.* ***Tudo que não esteja relacionado com esses três aspectos será ignorado****, ou seja, será considerado impertinente e não merecerá acolhida do Supremo.*
>
> *(...)*
>
> ***Igualmente*** *não serão acolhidas as alegações sobre vício de citação, mérito da condenação e outros vícios processuais, questões de distribuição interna de competência de Tribunais do Estado requerente; enfim, tudo quanto exceder ao permitido no § 1º do art. 85 será considerado impertinente. A limitação imposta no § 1º se prende à natureza do pedido de extradição e não ofende o preceito constitucional de ampla defesa, como decidiu bem recentemente a Corte.* ***Afinal, o Supremo Tribunal não apura os fatos imputados ao extraditando, limitando-se*** *a verificar a ocorrência de pressupostos e condições da extradição e de ser o extraditando a pessoa reclamada.* [**Grifei**.]

Todas essas razões, *por sua vez*, **evidenciam** a **integral compatibilidade hierárquica** da norma inscrita no art. 85, § 1º, da Lei 6.815/1980 **com a cláusula constitucional** que assegura o contraditório e a plenitude de defesa.

A pré-exclusão de qualquer debate judicial **em torno** do contexto probatório e das circunstâncias de fato que envolvem a alegada prática delituosa e o seu suposto autor – **justificada** pelo modelo extradicional **adotado** pelo direito brasileiro – **implica**, por efeito consequencial, **a necessidade de delimitar** o âmbito de impugnação material a ser deduzida pelo extraditando, **consideradas** a natureza da controvérsia instaurada no processo extradicional **e** as restrições impostas à própria atuação desta Corte.

Todas essas considerações, feitas pela jurisprudência desta Corte **e** pelo mais autorizado magistério doutrinário, **levaram o Pleno** do Supremo Tribunal Federal **a repelir** a alegação de ofensa à Constituição pelo art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, **em julgamento** em que se enfatizou que a enumeração contida no preceito legal em questão, **por ajustar-se** à própria natureza do pedido extradicional, **não transgride** o postulado constitucional da ampla defesa (**RTJ 105/3**, rel. min. MOREIRA ALVES).

Esta Suprema Corte, **ao proferir** o julgamento em referência – **e ao repudiar** o alegado cerceamento de defesa – **salientou**, no voto do eminente ministro MOREIRA ALVES, relator da **Ext 396/República Argentina**, que (**RTJ** 105/4-5), "*verbis*":

> ***1. A alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980***, *por atentar contra o preceito constitucional da ampla defesa (§ 15 do art.* 153 da Constituição Federal), é de total improcedência.
>
> ***Pela própria natureza do pedido de extradição***, *não cabe à Corte que o examina julgar o mérito da ação penal que se processa no país que o formulou.*
>
> ***Por isso***, *e sem qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, o § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980 enumera as defesas possíveis em pedido dessa ordem, tendo em vista a sua natureza.*
>
> ***Não cabe***, *portanto, a esta Corte entrar em indagações que dizem respeito ao mérito da ação penal, como as relativas à existência, ou não, de artifício para enganar outrem, nem à de ausência de dolo no agente.* [**Grifei**.]

Esse entendimento **também foi reafirmado sob a égide** da vigente Constituição, **como resulta** de julgamentos **emanados** desta Suprema Corte:

> ***ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – DEFESA DO EXTRADITANDO – LIMITAÇÕES – VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 85, § 1º, DA LEI 6.815/1980***.
>
> *(...)*
>
> ***As restrições*** *de ordem temática* ***que delimitam*** *materialmente* ***o âmbito de exercício*** *do direito de defesa,* ***estabelecidas*** *pelo art. 85,* § 1º*, do Estatuto do Estrangeiro,* ***não são inconstitucionais nem ofendem*** *a garantia da plenitude de defesa,* ***em face*** *da natureza mesma* ***de que se reveste*** *o processo extradicional no direito brasileiro.* ***Precedente****:* ***RTJ*** *105/3.* [**RTJ 161/409**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

> ***PROCESSO EXTRADICIONAL – EXAME DA PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO ESTRANGEIRO – INADMISSIBILIDADE.***
>
> *– **O modelo extradicional** vigente no Brasil – **que consagra o sistema de contenciosidade limitada**, fundado em norma legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º) reputada **compatível** com o texto da Constituição da República (**RTJ** 105/4-5 – **RTJ** 160/433-434 – **RTJ** 161/409-411) – **não autoriza que se renove**, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o Supremo Tribunal Federal, **o litígio penal** que lhe deu origem, **nem que se efetive** o reexame do quadro probatório **ou** a discussão sobre o mérito da acusação **ou** da condenação emanadas de órgão competente do Estado estrangeiro.* ***Doutrina****.* ***Precedentes****.* [**Ext 804/República Federal da Alemanha**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

> ***EXTRADIÇÃO. LEI 6.815/1980. ART. 85 – § 1º: INCONSTITUCIONALIDADE. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS.***
>
> ***I – O art. 85 – § 1º do Estatuto do Estrangeiro*** *não é incompatível com o art. 5º, LV, da Carta da República. Precedentes do STF.*
>
> ***II*** *– Presentes os pressupostos legais, impõe-se o deferimento da extradição.* [**RTJ 160/433-434**, rel. p/ o ac. min. FRANCISCO REZEK – **Grifei**.]

VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 85, § 1º, DA LEI 6.815/1980.
*– **As restrições** de ordem temática, **estabelecidas** no Estatuto do Estrangeiro (art. 85, § 1º) – cuja incidência **delimita**, nas ações de extradição passiva, o âmbito material do exercício do direito de defesa –, **não são** inconstitucionais, **nem ofendem** a garantia da plenitude de defesa, **em face da natureza mesma** de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro. **Precedentes**.* [**RTJ 185/393-394**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Nem se diga, *de outro lado*, **que se revelaria inviável** a extradição, **pelo fato** de o súdito estrangeiro em causa, invocar a sua *suposta* condição de pai de brasileira nata (**fl. 201**, item n. 3).

Com efeito, além de o extraditando **não** haver colacionado *qualquer* prova documental de sua paternidade **e** de sequer haver comprovado a dependência econômica por ele alegada, **subsiste a Súmula 421** desta Suprema Corte, **consoante tem sido enfatizado** pelo magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **cuja orientação**, no tema, **veio a ser reiterada**, *inúmeras vezes*, já sob a égide **da vigente** Constituição da República:

***INOCORRÊNCIA** DE FATOS IMPEDITIVOS – **SATISFAÇÃO** DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS AO ATENDIMENTO DO PLEITO EXTRADICIONAL – **EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA** (UNIÃO ESTÁVEL), **NOTADAMENTE** DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA – **SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO – COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO**.*

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

*– **A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República**, pois, **em tema** de cooperação internacional **na repressão** a atos de criminalidade comum, **a existência** de vínculos conjugais **e/ou** familiares **com** pessoas de nacionalidade brasileira **não se qualifica** como causa **obstativa** da extradição. **Precedentes**.* [**RTJ 191/17-18**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

***A circunstância** de o súdito estrangeiro **possuir** cônjuge brasileiro, **ou** ter filhos impúberes nascidos no Brasil, **ou** exercer, em território nacional, atividade lícita e honesta **não constitui impedimento jurídico** ao deferimento da extradição passiva.* [**RTJ 177/1250-1251**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

***EXTRADIÇÃO – CONDIÇÕES – FILHOS BRASILEIROS. ATIVIDADE ECONÔMICA. RESIDÊNCIA CERTA – EFEITOS. Observadas as condições** previstas na Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, **bem como a inexistência** de óbice legal à extradição, **impõe-se-lhe o deferimento**. Isto ocorre quando pesa contra o extraditando condenação judicial com resíduo de pena a ser cumprido considerado o tráfico de entorpecente, não se podendo cogitar da prescrição. **O fato de encontrar-se** em atividade econômica no Brasil, **possuindo** endereço certo **e sendo pai de filhos brasileiros natos, não obstaculiza o deferimento do pedido**.* [**RTJ 165/472**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **Grifei**.]

***Extradição instrutória** (...) **Homicídio doloso** (...) **Existência de filho brasileiro**. **Causa não obstativa da extradição**. **Súmula 421/STF**. **Pedido deferido**.*

(...)

***8. A indicação** do extraditando de que teria um filho brasileiro **não configura** óbice ao deferimento da extradição, **conforme preceitua** o enunciado da Súmula 421 desta Suprema Corte.* [**Ext 1.178/República Oriental do Uruguai**, rel. min. DIAS TOFFOLI – **Grifei**.]

***EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA**. ACUSAÇÃO DE CRIME DE HOMICÍDIO EM OCASIÃO DE ROUBO. ALEGAÇÕES DE DEFESA NO SENTIDO DE QUE O EXTRADITANDO QUIS PRATICAR DELITO MENOS GRAVE. EXISTÊNCIA DE FILHOS NASCIDOS NO BRASIL.*

(...).

***A circunstância** de o extraditando possuir filho brasileiro **não impede** a entrega extradicional, **nos termos** de enunciado sumular desta Suprema Corte (Súmula 421/STF). **Enunciado**, este, **cuja compatibilidade** com a Constituição Federal de 1988 **foi reafirmada** pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (**EXT 839**,* rel. min. *Celso de Mello).*

***Pedido deferido**.* [**Ext 972/República Argentina**, rel. min. AYRES BRITTO – **Grifei**.]

A orientação em causa – que se apoia na formulação consubstanciada na Súmula 421/STF – **tem prevalecido**, *sem maiores disceptações*, **na jurisprudência** desta Suprema Corte (**RTJ 148/110-111**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RTJ 172/751-753**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Ext 803/República Argentina**, rel. min. NELSON JOBIM – **Ext 822/República Italiana**, rel. min. NELSON JOBIM – **Ext 833/República Portuguesa**, rel. min. CELSO DE MELLO):

***Não impede a extradição** a circunstância de o súdito estrangeiro **ser casado com brasileira**, **ou ser pai de filho brasileiro**, ou, ainda, desenvolver atividade empresarial lícita no Brasil. Súmula 421/STF.* [**RTJ 155/34-35**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

*(...) **COMPATIBILIDADE DO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA 421/STF COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**.*

*– **A existência** de filhos brasileiros **e/ou a comprovação** de vínculo conjugal **ou** de convivência **more uxorio** do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos **destituídos** de relevância jurídica para efeitos extradicionais, **não impedindo**, em consequência, **a efetivação** da extradição do súdito estrangeiro. A **superveniência** da nova ordem constitucional **não afetou** a validade da formulação contida na Súmula 421/STF, **que subsiste íntegra** sob a égide da **vigente** Constituição republicana. **Precedentes**.* [**RTJ 183/42-43**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

A razão subjacente ao entendimento jurisprudencial **e** à formulação sumular em causa **restou claramente evidenciada** em preciso voto proferido pelo eminente ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **quando do julgamento da Ext 510/República Portuguesa** (**RTJ** 139/470, **472-473**), **ocasião** em que esta Corte, **vigente** a Constituição republicana de 1988, **assim examinou a matéria**:

A proibição relativa à expulsão do estrangeiro, que tenha filho brasileiro dependente, pode estender-se, por analogia, à deportação (...).

Mas, em ambos os casos, tanto na expulsão quanto na deportação, cuida-se de medidas de polícia, dependentes de um juízo discricionário de inconveniência da estada do estrangeiro no território nacional, juízo de conveniência ao qual se pode sobrepor razoavelmente o interesse do filho brasileiro.

Na extradição, ao contrário, sempre se reputou irrelevante a circunstância, porque se trata de medida de cooperação internacional à repressão de um comportamento criminoso. Aí, no campo da repressão penal, a paternidade do estrangeiro de filho brasileiro não impede a sua extradição, assim, como, no foro interno, ter filho menor e dependente não impede a condenação do brasileiro, embora também importe a sua segregação da família, com evidente prejuízo à assistência devida ao menor.

Não se trata de uma criação arbitrária da Súmula 421. Creio mesmo (...) que essa regra de irrelevância das relações familiares no foro, no tocante à extradição, se possa considerar uma regra uniforme no direito extradicional comparado. [**Grifei**.]

Cumpre registrar, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **outros** julgamentos (**Ext 1.077/República Federal da Alemanha**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, **e Ext 990/Reino da Espanha**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA), **reafirmou** a plena compatibilidade **da Súmula 421** com o texto **da vigente** Constituição da República, **enfatizando**, uma vez mais, **em decisão plenária** proferida em 18-12-2009 (**Ext 1.121/Estados Unidos da América**, rel. min. CELSO DE MELLO), **que a existência** de filho, de cônjuge **ou** de companheiro de nacionalidade brasileira **não se qualifica** como fator obstativo do deferimento do pleito extradicional:

EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES FAMILIARES ENTRE O EXTRADITANDO E PESSOA DE NACIONALIDADE BRASILEIRA: IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DESSE FATO.

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

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

– A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição. Precedentes. [**Ext 1.121/EUA**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Incabível, por outro lado, **a alegação** de que haveria "*interesse nacional quanto ao fato típico*" (fl. 202), **por não haver sido demonstrada** a "*certeza quanto ao local dos crimes*" (fl. 202).

É que a *segunda* declaração juramentada ("*affidavit*"), **produzida** nestes autos pelo Estado requerente (fls. 74/76), **é expressa ao indicar** os locais – Paraguai, Chile, Bolívia **e** Estados Unidos da América – **em que os crimes em questão** teriam sido *supostamente* praticados:

> ***6. A investigação inicial da DEA**, que começou em 2007, foi realizada **conjuntamente com membros da polícia paraguaia no Paraguai**. Essa investigação revelou que desde aproximadamente o mês de maio de 2007 até por volta do dia 25 de abril de 2008, AWALI participou, juntamente com outras pessoas, da venda de cocaína que seria **transportada do Paraguai para os Estados Unidos**. AWALI se reuniu com outros membros da conspiração **em vários lugares do Paraguai e em outros lugares** para discutir sobre os detalhes das transações de cocaína.*
>
> *(...)*
>
> *(...). Durante o transcorrer da conspiração relacionada com a cocaína que se seguiu, AWALI e Zaitar fizeram um acordo de vender quantidades adicionais de 50 quilos ou mais de cocaína cientes de que **seu destino** seria a sua **distribuição nos Estados Unidos**.*
>
> *(...)*
>
> *(...) Depois combinaram de **reunirem no Chile** para falar sobre as futuras transações de cocaína. (...)*
>
> *(...). Zaitar explicou que tinha **acesso** a grandes quantidades **de cocaína da Bolívia** e que a cocaína seria **transportada da Bolívia para o Paraguai** e, por último, **para os Estados Unidos**.* [**Grifei**.]

Impende acentuar, *neste ponto*, que, à semelhança do sistema normativo brasileiro (**CP**, art. 7º), os Estados Unidos da América *também* atribuem **eficácia extraterritorial** à sua legislação penal, **tornando-a aplicável** a fatos delituosos ocorridos **fora** do território americano, **ainda** que se trate de crimes praticados em espaços geográficos **submetidos** ao domínio **de outras** soberanias estrangeiras.

A extraterritorialidade da lei penal **não** constitui fenômeno **estranho** aos diversos sistemas jurídicos **existentes** nos Estados nacionais, **pois** o direito comparado – **com apoio** em princípios **como** o da nacionalidade **ou** da personalidade (ativa **e** passiva), o da proteção, o da universalidade **e** o da representação (**ou** da bandeira) – **reconhece legítima** a possibilidade de incidência, *em territórios estrangeiros*, do ordenamento penal **de outros** Estados.

Mais do que isso, **a própria** comunidade internacional **tem estimulado** a adoção de mecanismos **que viabilizem** a repressão estatal **a determinados** delitos cuja gravidade **atinge e afeta**, *em escala universal*, **os interesses vitais** dos Estados que compõem a sociedade das Nações.

Nesse contexto, **emerge**, com especial destaque, *o princípio da justiça universal*, **assim definido** por ANDRÉ ESTEFAM ("**Direito Penal – Parte Geral**", vol. 1/145, item n. 3.1.1, 2010, Saraiva):

> ***Refere-se a hipóteses em que a gravidade do crime ou a importância do bem jurídico violado justificam a punição do fato**, independentemente do local em que praticado e da nacionalidade do agente.*

Conforme Hungria, "*ao que proclama este princípio, cada Estado pode arrogar-se o direito de punir qualquer crime, sejam quais forem o bem jurídico por ele violado e o lugar onde tenha sido praticado. Não importa, igualmente, a nacionalidade do criminoso ou da vítima. Para a punição daquele, basta que se encontre no território do Estado*".

Cerezo Mir registra que "*a origem desse princípio se encontra nas concepções jusnaturalistas de teólogos e juristas espanhóis dos séculos XVI e XVII, especialmente de Covarrubias e Suárez, que se desenvolve a partir de Grocio, para o qual os crimes (os quais distingue de delitos e contravenções) constituem uma violação do Direito Natural que rege a* '*societas generis humani*')". [**Grifei**.]

É de referir, *neste ponto*, **a Convenção Única** de Nova York sobre Entorpecentes (1961), **incorporada** ao sistema de direito positivo interno do Brasil (**Decreto** 54.216/1964), **que confere** *competência internacional concorrente* aos Estados nacionais em cujo território houver sido praticado **qualquer** dos fatos delituosos a que alude mencionada Convenção, **o que legitimará** a formulação de pleito extradicional **por parte** de Estado que figure *como porto de destino* das substâncias entorpecentes e drogas afins objeto de operações criminosas, **ainda** que realizadas estas em territórios **de outros** países.

Tal asserção, é preciso enfatizar, **tem o beneplácito** da própria jurisprudência **desta** Corte Suprema, que, *por mais de uma vez*, **já reconheceu** a plena legitimidade de pedidos extradicionais **deduzidos** por Estados, **como** os próprios Estados Unidos da América, **que figuravam** *como destinatários* de operações criminosas de exportação de drogas e entorpecentes:

PROCESSO-CRIME – COMPETÊNCIA – EXTRADIÇÃO. *Havendo notícia de prática delituosa voltada a introduzir tóxico no território do Governo requerente, incumbe ter como de boa origem o pedido de extradição.* [**Ext 1.051/EUA**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **Grifei**.]

1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Competência internacional concorrente. Tráfico internacional de substâncias entorpecentes. Tipo penal de incriminação múltipla. Delitos cometidos em diferentes países. *Consideração como delitos autônomos e distintos. Aplicação do art. 36, II, a, I, da Convenção Única de Nova Iorque, promulgada pelo Decreto 54.216/1964. Competência reconhecida ao Estado requerente. Preliminar rejeitada. Precedentes. Tem competência para processar e julgar extraditando, por crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, o Estado em cujo território se realizou uma das modalidades incriminadas no tipo misto alternativo daquele delito, cada uma das quais se considera como crime autônomo.* [**Ext 1.033/República Portuguesa**, rel. min. CEZAR PELUSO – **Grifei**.]

I – Extradição: tráfico internacional de substância entorpecente*: concorrência dos pressupostos positivos e negativos da extradição: deferimento, condicionada a entrega do extraditando ao disposto no art. 89 c/c art. 67 da Lei 6.815/1980.*

II – Extradição: tráfico internacional de entorpecentes*: competência internacional concorrente.*

À vista da Convenção Única de Nova ***Iorque**, de 1961 (art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto: donde, a competência da Dinamarca para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre a exportação ou tentativa de exportação da mesma mercadoria. **Precedentes**.* [**Ext 962/Reino da Dinamarca**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.]

Vê-se, *daí*, que, **mesmo** que desconhecido fosse o local dos atos destinados a viabilizar a exportação de cocaína para os Estados Unidos da América, **ainda assim não subsistiriam** dúvidas quanto à **possibilidade** de o Estado ora requerente pleitear a extradição, **pois** o resultado da prática criminosa iria produzir-se, integralmente, em território americano, **como sucedeu** com porção da substância ilícita para lá remetida (um quilo de cocaína).

Sob tal perspectiva, **reconheço** que os Estados Unidos da América **dispõem** de jurisdição **e** competência para processar **e** julgar, *segundo suas leis*, **os crimes** imputados ao extraditando, **seja** pelo critério fundado na extraterritorialidade da lei penal americana, **seja**, *ainda*, pelos padrões estabelecidos na Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes.

Daí a observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, **no qual propõe** o deferimento do pedido extradicional, **em função do reconhecimento** da competência penal do Estado requerente (**fl. 234**):

> ***18. Ao contrário do aventado pela defesa, é inegável a competência do Estado requerente** para o julgamento dos supostos crimes praticados pelo extraditando. **Isso porque**, segundo consta nos autos, **os Estados Unidos** eram o destinatário final do tráfico ilícito de entorpecentes.* [**Grifei**.]

Em hipótese virtualmente semelhante, o Supremo Tribunal Federal **deferiu** pedido de extradição **em caso** no qual a acusação penal **formulada** contra o súdito estrangeiro **também** dizia respeito à prática do delito de tráfico de cocaína, cujos momentos de execução realizaram-se, *em parte*, em território do Brasil. **Refiro-me à Ext 548/Suíça**, rel. min. CARLOS VELLOSO (**RTJ** 150/408), **em que se reconheceu** a jurisdição penal helvética, **não obstante** registrada a consumação de **diversos** atos típicos *em território brasileiro*.

É que, naquele caso, **além** de a cocaína **não haver** sido apreendida pelas autoridades brasileiras, **também não foi** instaurado, *aqui*, contra o extraditando, **perante magistrado nacional**, o competente procedimento persecutório.

Vê-se, portanto, que, **mesmo** na hipótese de se registrarem episódios delituosos em território brasileiro – **o que não se verifica** no caso em exame –, **causalmente vinculados à finalidade de exportação** das substâncias entorpecentes para território estrangeiro, **assume** indiscutível relevo jurídico, **para efeito** de se reconhecer a competência penal do Estado requerente, **a não adoção**, pelas autoridades domésticas, **de qualquer** providência de caráter persecutório **referente** aos atos infracionais supostamente cometidos no Brasil.

Nesse sentido, *pois*, **como já salientado**, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

> ***O envio**, para território estrangeiro, **de cocaína ou de substâncias entorpecentes** adquiridas no Brasil, **legitima o deferimento** da extradição, **desde** que as autoridades nacionais **tenham deixado de adotar**, em nosso País, **contra** o extraditando, **as pertinentes** medidas de persecução penal.*
>
> ***O Supremo Tribunal Federal tem acentuado** que, **mesmo** em ocorrendo concurso de jurisdições penais **entre** o Brasil **e** o Estado requerente, **torna-se lícito deferir** a extradição **naquelas hipóteses** em que o fato delituoso, **ainda** que pertencendo, **cumulativamente**, ao domínio das leis brasileiras, **não haja originado** procedimento penal-persecutório **contra** o extraditando **perante** órgãos do Poder Judiciário do Brasil.* [**RTJ 148/110-111**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

> *(...) **Prevalece a jurisdição penal italiana** quanto ao crime de tráfico de entorpecentes **quando não existe** processo no Brasil, **pois**, para efeitos extradicionais, o que seriam momentos de um fato único (tráfico internacional) devem ser considerados crimes distintos, **em face** da Convenção Única de Nova Iorque, de 1961.* [**RTJ 151/385**, rel. min. PAULO BROSSARD – **Grifei**.]

> *(...) **Concurso de jurisdições penais**: atos delituosos **praticados** em território brasileiro **e** italiano: **prevalece** a jurisdição penal italiana, **dado que não existe**, no Brasil, procedimento penal-persecutório contra o extraditando. **Precedentes** do STF.* [**Ext 638/República Italiana**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.]

Desse modo, **é de reconhecer**, no que concerne aos ilícitos penais imputados ao ora extraditando, **a competência penal** dos Estados Unidos da América, **o que permite afastar** a objeção deduzida pelo súdito estrangeiro em sua defesa.

Há, no entanto, *na espécie*, **uma questão relevante**, **apta a justificar**, *por si só*, **a imposição** de restrição ao pleito extradicional ora em exame.

É que o Estado requerente **informa** que a sua legislação penal **comina a pena de prisão perpétua** para o delito de associação para o tráfico de substância entorpecente cuja suposta prática, **imputada** ao ora extraditando, **motivou** a instauração **deste** processo extradicional.

Esta Suprema Corte, quando do julgamento **da Ext 855/República do Chile**, de que fui relator, **reviu** sua jurisprudência **em tema** de extradição passiva, **firmando**, *então*, **entendimento** no sentido de que, **se cabível a pena de prisão perpétua** (como sucede na espécie), **e uma vez deferido** o pleito extradicional, sua efetivação **estará condicionada ao compromisso** do Estado estrangeiro requerente **de comutá-la** em pena de prisão temporária **não superior** a trinta anos de reclusão, **em decisão** que, *nesse específico* ponto, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE TRINTA ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA – REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, B).***

– A extradição ***somente*** *será deferida pelo Supremo Tribunal Federal,* ***tratando-se*** *de fatos delituosos* ***puníveis*** *com prisão perpétua,* ***se*** *o Estado requerente* ***assumir****, formalmente,* ***quanto a ela****, perante o Governo brasileiro,* ***o compromisso*** *de comutá-la em pena* ***não superior*** *à duração máxima* ***admitida*** *na lei penal do Brasil (****CP****, art. 75),* ***eis que*** *os pedidos extradicionais –* ***considerado*** *o que dispõe o art. 5º, XLVII,* ***b****, da Constituição da República,* ***que veda*** *as sanções penais* ***de caráter perpétuo*** *– estão* ***necessariamente*** *sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira.* ***Doutrina****.* ***Novo entendimento*** *derivado* ***da revisão****, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência* ***em tema*** *de extradição passiva.* [**Ext 855/República do Chile**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Esse entendimento revela-se, *hoje*, **predominante** no Supremo Tribunal Federal (**Ext 944/EUA**, rel. min. AYRES BRITTO – **Ext 985/República Argentina**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Ext 1.051/EUA**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **Ext 1.103/EUA**, rel. min. EROS GRAU – **Ext 1.104/ Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte**, rel. min. CEZAR PELUSO, *v.g.*), **que condiciona**, *agora*, **a entrega** do extraditando à formulação, pelo Estado requerente, **de compromisso diplomático pelo qual se obrigue a comutar** a pena de prisão perpétua em sanção temporária, **de até** trinta anos, de privação da liberdade.

Tal como reafirmei nos autos **da Ext 855/República do Chile** – **coerente** com votos proferidos em **anteriores** processos extradicionais (**Ext** 486 – **Ext** 654 – **Ext** 703-ED – **Ext** 711 – **Ext** 773 – **Ext** 811 – **Ext** 838) –, **não vejo como dar precedência** a prescrições *gravosas* de ordem **meramente** convencional (tratados internacionais) **ou** de natureza simplesmente legal **sobre** regras inscritas na Constituição, **que vedam**, dentre **outras** sanções penais, **a cominação e a imposição** de quaisquer penas **de caráter perpétuo** (**CF**, art. 5º, inciso XLVII, ***b***).

Essa cogente, **absoluta e incontornável proibição de índole constitucional** configura, na realidade, **o próprio** fundamento da norma jurídica **consubstanciada** no art. 75 do Código Penal brasileiro **que limita** a trinta anos o tempo **máximo** de **cumprimento** das penas **privativas** de liberdade (DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 212, 5. ed., 1995, Saraiva; CELSO DELMANTO, "**Código Penal Comentado**", p. 121, 3. ed., 1991, Renovar; JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Manual de Direito Penal**", vol. I/320, item n. 7.6.7, 9. ed., 1995, Atlas; ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, "**Direito Penal – Parte Geral**", vol. I, tomo II/579, 4. ed., 1992, Forense; JORGE ALBERTO ROMEIRO, "**Curso de Direito Penal Militar**", p. 196, item n. 114, 1994, Saraiva; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO/PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, "**Direito Penal na Constituição**", p. 112/114, 1990, RT).

Daí o magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. II/242, 1989, Saraiva), **para quem** o legislador penal brasileiro "*(...)* ***captou muito bem o sentido do preceito da Lei Maior***", **eis que**, **ao fixar** o limite de ordem temporal mencionado (**CP**, art. 75), **definiu o máximo penal juridicamente exequível** em nosso País.

Cumpre rememorar, também, por oportuno, **o ensinamento** de CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA ("**A Relação Extradicional no Direito Brasileiro**", p. 221, 2001, Del Rey), **que expende**, sobre o tema, **precisa** lição:

> *(...)* ***A proibição*** *da aplicação de pena com caráter perpétuo* ***é um direito individual*** *garantido no Brasil pela Constituição da República aos que se encontram sob jurisdição brasileira, e, dessa forma, tais indivíduos não podem ver-se condenados a uma pena dessa espécie.*
>
> *(...)*
>
> ***No caso do Brasil****, entendemos que os direitos humanos acima mencionados referem-se* ***tanto*** *àqueles reconhecidos expressamente pela atual Constituição, em seu artigo 5º,* ***quanto*** *os estabelecidos em tratados e convenções internacionais do qual o País seja parte (§ 2º do artigo 5º). Assim, havendo a possibilidade de violação de um direito individual reconhecido pelo ordenamento brasileiro,* ***é de se recusar a extradição****. Entretanto, no caso de tal violação respeitar à possibilidade de o extraditando sofrer pena de prisão perpétua no Estado requerente, entendemos que, verificada a legalidade da extradição, para que a entrega não seja recusada, o Estado requerente deve se* ***comprometer a não aplicar tal penalidade****, estabelecendo um prazo certo para a prisão.*
>
> *(...)*
>
> ***A proibição*** *da aplicação de pena com caráter perpétuo* ***é um direito individual garantido****, no Brasil, pela Constituição da República aos que se encontram sob jurisdição brasileira, e, dessa forma, tais indivíduos* ***não podem ver-se condenados*** *a uma pena dessa espécie.* [**Grifei**.]

Cabe referir, *ainda*, o **magistério** de ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA ("**As Novas Tendências do Direito Extradicional**", p. 172, 1998, Renovar), **no sentido** de que, "*(...)* ***devido à obrigatoriedade*** *da detração da prisão provisória na pena definitiva –* ***exigível*** *do Estado requerente no processo de extradição – somado a outros argumentos de índole constitucional,* ***podemos sustentar que a sanção de prisão perpétua*** *– em tese ou em concreto –* ***encontra-se excluída*** *de nosso direito extradicional,* ***competindo****, dessa forma, ao Supremo Tribunal,* ***o dever de condicionar*** *a entrega do extraditando ao compromisso de* ***comutação*** *em questão*" (**grifei**).

Irrepreensível, *sob todos os aspectos*, **o douto voto vencido** do eminente ministro RAFAEL MAYER, **proferido** quando do julgamento da referida **Ext 426/EUA**, ocasião em que esse ilustre magistrado ponderou, com **indiscutível** correção, **a propósito** do tema, **o que se segue**:

> ***Entendo*** *que a razão da interpretação compreensiva,* ***adotada*** *pela Corte,* ***reside*** *em que* ***repugna*** *ao ordenamento jurídico brasileiro* ***a aplicação****, em tempo de paz,* ***da pena de morte****,* ***bem assim*** *a* ***prisão perpétua****,* ***ambas*** *as sanções tratadas geralmente, "pari passu", nas legislações que adotam e na doutrina como integrantes da mesma categoria de penas eliminatórias.* ***Trata-se de um reflexo****,* ***na aplicação das leis ou dos tratados****,* ***da supremacia do valor consagrado na proibição constitucional*** *(...),* ***não sendo admissível*** *faça a entrega de alguém,* ***submetido*** *à sua jurisdição,* ***para sofrer pena que****,* ***no País****,* ***não se aplicaria****,* ***por***

absoluta incompatibilidade com os seus preceitos. [**RTJ** 115/969, **972**, rel. min. RAFAEL MAYER **– Grifei**.]

Em suma: **entendo que deve ser deferido** este pleito extradicional, **seja** porque os delitos a ele subjacentes **obedecem** aos requisitos da dupla punibilidade **e** da dupla tipicidade, **seja** porque não se verifica a ocorrência, no caso, de *delito de ensaio ou de experiência*, **ressalvando-se**, apenas, **a necessidade** de o Governo dos Estados Unidos da América **assumir formal compromisso** no sentido **de comutar**, em pena temporária – **máximo** de trinta anos de reclusão –, as penas que eventualmente venham a ser **impostas** a Mohammed Ali Awali **ou** Mohammed Awali, **se** condenado pelos crimes **objeto** deste processo de extradição, **em respeito ao que determina**, *de modo incontrastável*, **a Constituição brasileira** (art. 5º, inciso XLVII, ***b***).

Observo, *finalmente*, **que se impõe**, no caso, **a detração penal** – **exigida** pelo Estatuto do Estrangeiro (art. 91, II) –, **em ordem a que se deduza**, das penas a serem **eventualmente** impostas ao ora extraditando, **o período** de prisão cautelar **a que ele esteve sujeito**, em nosso País, **por efeito deste** processo extradicional.

Sendo assim, **e tendo em consideração** as razões expostas, **defiro**, *com restrição*, **o pedido** extradicional, **em ordem a autorizar a extradição** do súdito estrangeiro em causa, **desde** que o Estado requerente **assuma**, *em caráter formal*, **perante** o Governo brasileiro, **o compromisso de comutar**, em caso de condenação, *em pena de prisão temporária* (**máximo** de 30 anos), **as penas** que venham a ser aplicadas ao ora extraditando, **observada**, ainda, **a obrigação** de promover a detração penal.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.151/Estados Unidos da América — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Mohammed Ali Awali ou Mohammed Awali (Advogados: José Maria Vidotto, Marco Antonio Arantes de Paiva e Rogério Oliveira Andrade).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu, com restrição, o pedido de extradição. Ausentes, neste julgamento, os ministros Marco Aurélio e Ayres Britto. Falou pelo extraditando o dr. Marco Antonio Arantes de Paiva. 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, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 17 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.736 — DF

Relator: O sr. ministro Cezar Peluso

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — Requerido: Presidente da República — Interessada: Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil – ANABB

Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei 8.036/1990. Edição de medida provisória. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. Inexistência de relevância e de urgência. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa aos arts. 22, I, e 62, *caput*, da CF. Precedentes. Ação julgada procedente. É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.

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, ministro Cezar Peluso (presidente), em julgar procedente a ação direta. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes. Falou pelo requerente o dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior.

Brasília, 8 de setembro de 2010 — Cezar Peluso, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, movida pelo **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** e tendente à declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, no tópico que introduziu o art. 29-C na Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, suprimindo a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais. É o seguinte o teor do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41:

> Art. 9º A Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do *caput*, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.

Art. 20. (...)

(...)

II – extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

(...)

XIII – quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV – quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV – quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.

Art. 29-D. A penhora em dinheiro, na execução fundada em título judicial em que se determine crédito complementar de saldo de conta vinculada do FGTS, será feita mediante depósito de recursos do Fundo em conta vinculada em nome do exequente, à disposição do juízo.

Parágrafo único. O valor do depósito só poderá ser movimentado, após liberação judicial, nas hipóteses previstas no art. 20 ou para reversão ao Fundo. [Grifos nossos.]

2. Alega o autor, em síntese, que o dispositivo impugnado contraria "o art. 62 da Constituição Federal (tanto na redação originária como na atual), tendo em vista a ausência de relevância e urgência para a sua edição. Macula também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade contidos na Lei Fundamental, quer no art. 1º, quer no art. 5º, inciso LIV. Ofende, por fim, o art. 133 da Constituição que dispõe sobre a indispensabilidade do advogado" (fl. 3).

3. Em caráter liminar, aduzindo que o preceito impugnado causa "danos irreparáveis a todos aquele que, não obstante terem trabalhado, como advogados, em causas que tenham por fim a cobrança de FGTS, acabam sem a possibilidade de serem devidamente remunerados", o autor pede a suspensão da vigência art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, no tópico que introduziu o art. 29-C na Lei 8.036/1990 (fls. 5/6).

4. A Presidência da República apresentou informações (fls. 27/65) elaboradas pela Advocacia-Geral com apoio em pronunciamento do consultor da União, nas quais arguiu, preliminarmente, a inépcia da petição inicial e, no mérito, pediu a improcedência da ação.

Para sustentá-lo, alegou, em resumo, que falta (i) fundamentação quanto à suposta violação aos dispositivos constitucionais, e (ii) "impugnação integral do complexo normativo em que se insere o diploma impugnado" (fl. 32), como o exigiria o precedente da **ADI 2.133/RJ** (rel. min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 4-5-2001).

No mérito, requer a improcedência do pedido, pelas seguintes razões: (i) haveria ofensa reflexa à Constituição Federal, porquanto as questões atinentes à condenação em honorários advocatícios são reguladas por leis infraconstitucionais (Código de Processo Civil e Lei 5.584/1970, que disciplinam a questão dos honorários advocatícios no processo trabalhista); (ii) conforme orientação reiterada do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário examinar a presença, ou não, dos pressupostos de relevância e urgência exigidos pela Constituição Federal para a edição de medidas provisórias, tendo em vista que tais requisitos são políticos, e não jurídicos (**ADI 1.717/DF**, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 28-3-2003; **ADI 1.667/DF**, rel. min. **Ilmar Galvão**, rel. p/ o ac. min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 9-5-2003; e **ADI 1.397-MC/DF**, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 27-6-1997). Afirma, ainda, que eventual "intervenção judicial no controle dos pressupostos de urgência e relevância, quando admissível, afigura-se rigorosamente excepcional" (fl. 46), consoante a **ADI 1.753-MC/DF** (rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 12-6-1998); (iii) estariam presentes os pressupostos de relevância e urgência exigidos pela Constituição Federal para a edição de medidas provisórias, porquanto "a norma pretende proteger não somente o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, mas também o trabalhador, hipossuficiente, que pode vir a ser condenado numa ação envolvendo o FGTS. Nesse ponto, a norma não estabelece qualquer privilégio para o FGTS" (fl. 48). Assim, afirma que "sua relevância se mostra tanto com vistas à preservação do patrimônio público, como à preservação do patrimônio do trabalhador em caso de condenação em honorários advocatícios" (fl. 49). O requisito da urgência estaria presente, pois o "número crescente de ações envolvendo FGTS e os titulares de contas vinculadas – que calculava-se em dezenas de milhões – exigiu medida excepcional a fim de evitar que condenações se impusessem aos cofres públicos" (fl. 51 – *sic*). Por fim, (iv) aduz que não houve violação aos arts. 5º, LIV, e 133, da Constituição Federal, porquanto esses dispositivos não tratam da questão dos honorários advocatícios de sucumbência.

5. O ministro Sydney Sanches determinou, à fl. 69/69v., a aplicação do art. 12 da Lei 9.868/1999 (fl. 69 e verso).

6. Manifestou-se novamente a Advocacia-Geral da União à fl. 71, reiterando o teor das informações prestadas às fls. 27/65.

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, em parecer da lavra do então procurador-geral da República, Geraldo Brindeiro, apresentando os seguintes argumentos: (i) os pressupostos de relevância e urgência exigidos pela Constituição Federal para a edição de medidas provisórias contêm "caráter político, de apreciação discricionária do presidente da República e do Congresso Nacional, sendo passível de análise pelo Poder Judiciário somente em casos excepcionais de excesso de poder" (fl. 74); (ii) não

houve ofensa ao art. 133 da Constituição Federal, pois essa norma não trata da condenação em honorários advocatícios, tendo já o Supremo Tribunal Federal manifestado entendimento de que é infraconstitucional a questão relativa ao cabimento, ou não, de condenação em honorários advocatícios (fl. 75); e (iii) não se demonstrou a irrazoabilidade da norma impugnada (fl. 77).

8. Submeto o processo ao Plenário para julgamento definitivo.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (relator): **1**. Examino a preliminar.

Argui a Advocacia-Geral da União que a petição inicial é inepta, por duas razões, quais sejam: (i) ausência de fundamentação quanto à alegada violação aos dispositivos constitucionais e, (ii) falta "de impugnação integral do complexo normativo em que se insere o diploma impugnado" (fl. 32), invocando ao propósito o acórdão da **ADI 2.133/RJ** (rel. min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 4-5-2001).

Não tem razão.

A petição inicial, suposto concisa (cinco páginas), sustenta que o art. 9º da Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, na parte que introduziu o art. 29-C na Lei 8.036, de 11 de maio de 1990 – suprimindo a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais –, violaria os arts. 1º, 5º, LIV, 62 e 133 da Constituição Federal.

Nesse sentido, nega desde logo haja "urgência e relevância necessárias à edição de medida provisória que tenha por fim afastar, das causas que tratam de FGTS, a condenação em honorários advocatícios. Honorários advocatícios, com sua incidência em demandas que tratam do Fundo de Garantia, encontram-se regrados no ordenamento jurídico pátrio há muito" (fl. 3). Daí, conclui o autor, "como evidentemente não havia nem relevância nem urgência, patenteia-se a ofensa ao art. 62 da Constituição Federal, seja na redação atual, seja em sua redação pretérita" (fl. 4).

Afirma, ao depois, que fere "o comando impugnado ainda a prescrição constitucional contida no art. 1º ou no art. 5º, LIV, da Constituição expressa no sentido de não se admitir lei desarrazoada ou desproporcional" (fl. 4), pois "na espécie resta evidente que uma lei que ordena o não pagamento de honorários não se mostra razoável ou proporcional, não se justificando sua edição, patenteia-se a necessidade de sua exclusão do ordenamento jurídico pátrio" (fl. 5).

Remata o raciocínio, asseverando que a norma atenta "contra o art. 133 da Lei Maior. O advogado é indispensável à administração da justiça e os honorários advocatícios arbitrados judicialmente são importante forma de remuneração

de seu serviço. Atentar-se contra a maneira pela qual é remunerado o advogado importa em última análise em se atentar contra sua indispensabilidade" (fl. 5).

Daí, pede "seja declarada a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória federal 2.164-41, na parte em que introduziu o art. 29-C na Lei federal 8.036" (fl. 6).

Tais assertos foram amplamente rebatidos pela Advocacia-Geral da União, nas extensas informações (fls. 27/65), o que revela ter-lhe a petição inicial permitido a exata inteligência da controvérsia, donde sua plena aptidão formal, pois "fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor" e "postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração [de inconstitucionalidade de dispositivo normativo]" (**ADI 2.321-7-MC/DF**, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 10-6-2005).

Quanto à arguição de falta "de impugnação integral do complexo normativo em que se lhe insere o diploma impugnado" (fl. 32), não se lhe aplica o precedente trazido pela Advocacia-Geral da União (**ADI 2.133/RJ**, rel. min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 4-5-2001), cuja hipótese é mui diversa, pois o preceito aqui impugnado guarda absoluta autonomia em relação aos outros textos previstos no art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, tanto que sua supressão não prejudicaria em nada a compreensão do alcance do artigo, o qual não contém um conjunto sistemático de normas, mas apenas uma constelação normativa decomponível em regras independentes.

De modo que a petição inicial cumpre todas as exigências formais do art. 3º da Lei 9.868/1999 e os requisitos capitulados nos incisos do parágrafo único do art. 295 do CPC, razão pela qual rejeito a preliminar.

2. Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao escrutínio do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (cf. **ADI 2.213**, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 23-4-2004; **ADI 1.647**, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 26-3-1999; **ADI 162-MC**, rel. min. **Moreira Alves**, *DJ* de 19-9-1997). A admissibilidade de juízo jurisdicional sobre tais requisitos limita-se ao caso de controle de abuso de poder na edição de medidas provisórias (**ADI 1.753-MC**, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 12-6-1998).

Na espécie, tenho que o senhor presidente da República não observou as condições constitucionais que lhe autorizariam a edição do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, na provisão que inseriu o art. 29-C no corpo da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, expungindo-lhe a previsão de condenação em honorários advocatícios nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.

3. É que, a todas as luzes, a condenação em honorários advocatícios de sucumbência é matéria típica de direito processual, porque tem por pressuposto necessário a existência de um processo sob jurisdição contenciosa, no qual tenha atuado advogado e sido vencida uma das partes. Trata-se da materialização da regra processual da sucumbência, que se radica neste princípio de racionalidade encarecido por **Chiovenda**:

> *Tenuto conto che l'attività dello Stato, per operare l'attuazione della legge, richiede tempo e spese, ocorre impedire che colui che si è trovato nella necessita di servirsi del processo per ottenere ragione riceva danno dal tempo e dalla spesa richiesta:* ***la necessita di servisi del processo per ottener ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione***.[1]

É, aliás, o que já reconheceu o Plenário desta Corte, ao assentar que são "normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, **direitos e ônus que constituem a relação processual**." (**ADI 2.970**, rel. min. **Ellen Gracie**, julgamento em 20-4-2006, *DJ* de 12-5-2006).[2] A condenação em honorários advocatícios, que a rigor envolve obrigação jurídica específica, entra na classe de acepção larga dos *ônus processuais*, imposto, que é, à parte sucumbente, e ao qual corresponde *direito processual subjetivo* da parte vitoriosa, destinado a aliviá-la de, ainda nas palavras de **Chiovenda**, *diminuição patrimonial*, quando vê reconhecida sua razão na causa:

> *Il fondamento di questa condanna è il fatto* ***oggettivo*** *della soccombenza; e la giustificazione di questo istituto sta in ciò che l'attuazione della legge non deve rappresentare una* ***diminuzione patrimoniale*** *per la parte a cui favore avviene: assendo nell'interesse del commercio giuridico che i diritti abbiano un valore possibilmente netto e costante*.[3]

Daí que, tratando-se de matéria relativa a direito processual estrito, a competência para legislar é privativa da União, enquanto exercida pelo Congresso Nacional, *ex vi* do art. 22, I, da Constituição da República e, como tal, indelegável ao senhor presidente da República, que, ao usurpá-la, comete abuso de poder.

Até antes da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, havia esta Corte estabelecido que não é lícita a "utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados" (**ADI 1.910-MC/DF**, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 27-2-2004). Esse entendimento acabou positivado por aquela Emenda Constitucional 32/2001, que, ao alterar a redação do art. 62 da Constituição da República, vedou a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito processual civil (§ 1º, I, *b*, do art. 62).

---

[1] CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1933. Vol. I. p. 147, n. 34. Grifos do original.

[2] Grifos nossos.

[3] Op. cit. 1934. Vol. II. p. 495, § 74, n. 381. Grifos também nossos.

Aliás, essa vedação, não obstante o disposto no art. 2º da EC 32/2001 ("As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional"), conduz à incompatibilidade constitucional absoluta do art. 9º da MP 2.164-41/2001, na parte em que, acrescendo o art. 29-C à Lei 8.036/1990, alterou a disciplina processual relativa à condenação em honorários advocatícios de sucumbência, pela razão óbvia de que não pode viger dispositivo de medida provisória em contraste com a Constituição, ainda quando emenda constitucional ulterior disponha, implicitamente, em sentido contrário, como poderia sugerir leitura apressada do art. 2º da EC 32/2001.

4. Diante do exposto, julgo **procedente o pedido**, para declarar, com efeito *ex tunc,* a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, na parte em que introduziu o art. 29-C na Lei 8.036, de 11 de maio de 1990.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, procedente em razão do agravo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Pela procedência.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Inconstitucionalidade formal por afronta ao art. 62.

A minha única dúvida quanto à matéria é a seguinte: tenho a informação de que parece que esta matéria estaria com a repercussão geral reconhecida em um caso do ministro Lewandowski.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas o processo é objetivo. Então, prefere. O processo objetivo prefere a outro no julgamento.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu quero saber exatamente se isso, de alguma forma, tornaria prejudicado o RE 581.160.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Prejudicado.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Aí, nós, de todo jeito, já teríamos derrubado a norma.

O sr. ministro Celso de Mello: **Constato**, pois, que Vossa Excelência **entende** que, **em face** do precedente referido (**ADI** 1.910-MC/DF), **já se revelava inadmissível**, **bem antes** da promulgação da EC 32/2001, a regulação normativa, **mediante** utilização de medida provisória, de matéria **de índole processual**.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Exatamente.

O sr. ministro Celso de Mello: **Parece-me importante reafirmar** a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal **exercer** poder de controle jurisdicional **que lhe permita aferir** a existência, ou não, **dos pressupostos constitucionais** (urgência

e relevância) **legitimadores** da edição, pelo presidente da República, **de qualquer** medida provisória, **tal como** esta Suprema Corte **já o proclamara** em unânime julgamento plenário **da ADI 2.213-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.

Entendo, por isso mesmo, senhor presidente, **que o ato normativo** ora impugnado, **inscrito** no art. 9º da Medida Provisória 2.164-41, de 24-8-2001, **na parte** em que introduziu **o art. 29-C** na Lei 8.036, de 11-5-1990, **revela-se inconstitucional**, porque **não** observados, pelo senhor presidente da República, **os requisitos** de *urgência* **e** *relevância* que a Constituição da República **impõe**, em seu art. 62, *caput*, como pressupostos necessários **à válida** edição *de qualquer* **medida** provisória.

Tenho para mim, senhores ministros, **que assiste plena razão** ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **quando sustenta** que a norma em referência **transgride** "*o art. 62 da Constituição Federal (**tanto** na redação originária **como** na atual), **tendo em vista a ausência** de relevância e urgência para a sua edição*" (**grifei**).

Ao julgar a ADI 2.213-MC/DF, **de que sou relator**, e em cujo âmbito sustentei, *com o apoio unânime* dos eminentes juízes **desta** Suprema Corte, **a possibilidade** de controle jurisdicional **dos pressupostos constitucionais** da medida provisória, **externei**, em razão de diversas decisões por mim proferidas (**RE 239.286/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **a minha extrema** preocupação **com o excesso** de medidas provisórias **que os sucessivos** presidentes da República têm editado, **transformando**, essa prática **extraordinária** de sua competência normativa, em exercício **ordinário** do poder de legislar, **com grave comprometimento** do postulado constitucional da separação de poderes.

Não se pode desconhecer que o postulado da separação de poderes – **além de qualificar-se** como um dos núcleos temáticos irreformáveis do ordenamento constitucional positivo brasileiro – **reflete**, na concreção do seu alcance, **um significativo dogma** de preservação do equilíbrio de nosso sistema político **e** de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, **impedindo** – a partir **da estrita** subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos – **que o regime democrático** venha a ser conspurcado pelo exercício **ilegítimo** das prerrogativas estatais.

Torna-se necessário enfatizar que o coeficiente de liberdade dos povos **expõe-se** a sensível **e** perigosa redução, **quando** as instituições do Estado, **ao usurparem** atribuições que lhes **não** são próprias, **transgridem** o postulado da separação de poderes, **dando indevida expansão** às suas prerrogativas políticas e jurídicas, **e**, com esse comportamento **revestido** de ilicitude constitucional, **culminam** por desrespeitar a Constituição **e por lesar**, de maneira inaceitável, as liberdades civis, as franquias democráticas **e** os parâmetros cuja **estrita** observância deve condicionar o exercício do poder estatal.

O fato é que processos de *contínua* **e** *indevida expansão* de competências constitucionais – **como aqueles** que derivam **da utilização excessiva** de medidas provisórias – **acabam por gerar**, no âmbito da comunidade estatal, situações

instauradoras de concreto desrespeito **ao sistema de poderes limitados** consagrado no texto da Constituição da República, **circunstância** esta que confere **preocupante** atualidade **à advertência** feita, **já no final** do século XVIII (**1787/1788**), por JAMES MADISON, **quando**, em texto lapidar, **buscou ressaltar** a necessidade política de estabelecer um modelo institucional **que evitasse** a concentração de poderes e que se revelasse apto a "*deter o espírito usurpador do poder*" ("**O Federalista**", p. 394/399 e 401/405, **401**, arts. 47 e 48, 1984, Editora UnB).

Essa **mesma** preocupação **revela-se evidente** nas reflexões feitas por JOHN LOCKE ("**Segundo Tratado sobre o Governo**", p. 89/92, **itens** n. 141/144, 1963, Ibrasa), **em obra**, que, **escrita** em pleno século XVII (1690), **apresenta relevantíssima contribuição** a propósito da questão **pertinente** aos limites do governo **e** à imprescindibilidade de "*equilibrar o poder do Governo pela colocação de diversas partes dele em diferentes mãos*".

É preciso advertir, neste ponto, que o regime de governo **e** as liberdades das pessoas, **muitas vezes**, expõem-se a um processo **de quase imperceptível** erosão, **destruindo-se**, lenta e progressivamente, pela ação usurpadora dos poderes estatais, **impulsionados** pela busca autoritária **de maior** domínio e controle hegemônico **sobre** o aparelho de Estado **e sobre** os direitos e garantias do cidadão.

Quando os cursos jurídicos foram instituídos em São Paulo **e** em Olinda, **pela Lei imperial** de 11-8-1827, **vigorava**, já há quase três anos e meio, **a Carta Política** do Império do Brasil, **cujo art. 9º**, refletindo o verdadeiro significado **que ainda hoje** anima e orienta o princípio da divisão funcional do poder, **proclamava** que "*A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece*".

Essa é a razão pela qual JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 32/33, item n. 27/28, 1958, **reedição** do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro), **em magistério** que se reveste de permanente atualidade, **destacou o caráter fundamental e essencialmente limitador** do postulado da divisão funcional do poder, **tecendo considerações**, a propósito desse tema, **numa fase** de nosso processo histórico, em que **nem mesmo** o Imperador – que era titular do Poder Executivo **e** do Poder Moderador – **dispunha** da prerrogativa excepcional de legislar **à revelia** da Assembleia Geral do Império, **pois** a Carta Política de 1824, sob tal aspecto, **não transigia** em torno do princípio da separação de poderes **e**, em consequência, **sequer previa**, em favor do monarca, **a possibilidade** de legislar **mediante** instrumentos extraordinários **como** a medida provisória, o decreto-lei **ou** qualquer outro equivalente constitucional.

Cabe relembrar, bem por isso, a precisa **advertência**, **sobre a necessidade** de impor limitações ao Poder Político, **feita** pelo Marquês de São Vicente, que, **sem dúvida**, como o atesta MIGUEL REALE ("**Figuras da Inteligência Brasileira**", p. 45/50, 2. ed., 1994, Siciliano), **foi o maior** constitucionalista do Império:

> ***Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder,*** *necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.*
>
> ***Entretanto****, para que a divisão dos poderes ministre seus benéficos resultados,* ***é de mister que seja real, que prevaleça*** *não só de direito* ***como de fato, que seja*** *uma realidade e não somente nominal,* ***que seja*** *efetiva e não uma idealidade apenas escrita.* ***É essencial*** *que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições,* ***não tolerando*** *a invasão e o despojo de sua competência constitucional.* ***Observar*** *praticamente a sábia disposição do art. 9º da lei fundamental é o grande* ***desideratum****, é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos então para prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo.* [**Grifei**.]

Esse magistério notável, lúcido **e** extremamente atual, **ministrado** por um dos mais extraordinários constitucionalistas do Império, **aluno** da primeira turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **autoriza proclamar** a asserção de que a construção da ordem democrática no Brasil **ou** em qualquer outro País, **para ser plena**, há de neutralizar os impulsos gerados no interior do próprio aparelho de Estado que, incompreensivelmente, **estimulam** a desconsideração do valor **e** do significado que uma ordem constitucional legítima **deve representar** para a consciência de pessoas livres e para as formações sociais organizadas **de acordo** com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-institucional, **que se recuse** a compreender a supremacia da Constituição **e que hesite** em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, **notadamente** daqueles que consubstanciam as cláusulas pétreas – **que protegem** o núcleo irreformável **e** a essência mesma do pacto constitucional –, **é censurável e é preocupante**, pois torna evidente **que ainda há**, na intimidade do Poder, **um resíduo** de indisfarçável autoritarismo, despojado de qualquer coeficiente de legitimidade ético-jurídica.

Todas essas considerações – que *então* expus **por ocasião** do julgamento **da ADI** 2.213-MC/DF, rel. min. CELSO DE MELLO – **justificam-se** ante a maneira pródiga com que chefes do Poder Executivo da União, **em tema** de medidas provisórias, **têm exercido** a competência extraordinária que lhes foi outorgada **pelo art. 62** da Carta Política.

A medida provisória ora em exame, **já** em sua 41ª edição (**!!!**), **é bem uma típica demonstração** *do abuso de poder presidencial* na prática da competência de editar atos "*com força de lei*" **mediante** deliberação (*por si só anômala*) **do próprio** Poder Executivo.

Não podemos ignorar *que a crescente* **apropriação institucional** do poder de legislar, **por parte** dos sucessivos presidentes da República, **tem despertado**

graves preocupações de ordem jurídica, **em razão** do fato **de a utilização excessiva** das medidas provisórias **causar** profundas **distorções** que se projetam **no plano** das relações políticas **entre** os Poderes Executivo **e** Legislativo.

O exercício **dessa excepcional** prerrogativa presidencial, **precisamente** porque transformado em inaceitável prática **ordinária** de Governo, **torna necessário** – em função dos **paradigmas constitucionais**, que, *de um lado*, **consagram** a separação de poderes **e** o princípio da liberdade **e que**, *de outro*, **repelem** a formação de ordens normativas **fundadas** em processo legislativo **de caráter autocrático** – que se **imponha** moderação no uso **da extraordinária** competência de editar atos com força de lei, **outorgada** ao chefe do Poder Executivo da União **pelo art. 62** da Constituição da República.

É natural – **considerando-se** a crescente complexidade que qualifica as atribuições **do Estado contemporâneo** – que se lhe concedam meios institucionais **destinados** a viabilizar produção normativa ágil **que permita** ao poder público, em casos **de efetiva** necessidade **e de real** urgência, **neutralizar** situações **de grave** risco para a ordem pública **e** para o interesse social.

Reconheço, por isso mesmo, **que a outorga** de competência normativa primária ao Poder Executivo (**ou** ao Governo) **traduz**, **ainda que excepcionalmente**, medida incorporada ao processo legislativo contemporâneo **e adotada**, no plano do direito constitucional comparado, **por diversos** sistemas políticos, **em ordem a legitimar** respostas normativas **imediatas** em face de situações de crise **que possam afetar** a ordem estatal ou o interesse social.

Desse modo, e mesmo que o exercício (**sempre excepcional**) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo **possa** justificar-se em situações **absolutamente** emergenciais, **abrandando**, em tais hipóteses, "*o monopólio legislativo dos Parlamentos*" (RAUL MACHADO HORTA, "**Medidas Provisórias**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 107/5), **ainda assim** revela-se profundamente **inquietante** – na perspectiva da experiência institucional brasileira – **o progressivo controle hegemônico** do aparelho de Estado, **decorrente** da superposição da vontade **unipessoal** do presidente da República, **em função** do exercício **imoderado** da competência **extraordinária** que lhe conferiu o art. 62 da Constituição.

Cumpre ter presente, bem por isso, **no que se refere** ao poder de editar medidas provisórias, **a advertência** exposta em autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Do Processo Legislativo**", p. 235, item n. 152, 3. ed., 1995, Saraiva):

> ***Trata-se*** *de um grave abuso.* ***Ele importa*** *no mesmo mal que se condenava no decreto-lei,* ***isto é, importa em concentração do poder*** *de administrar* ***com o poder*** *de legislar,* ***uma violação frontal*** *à separação dos poderes.* [**Grifei**.]

Esse comportamento governamental faz instaurar, **no plano** do sistema político-institucional brasileiro, **uma perigosa** *práxis* **descaracterizadora** da natureza mesma do regime de governo **consagrado** na Constituição

da República, **como pude enfatizar**, em voto *vencido*, no Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento, **em 1997**, **da ADI 1.687/DF**.

Eventuais dificuldades de ordem política – **exceto** quando **verdadeiramente presentes razões constitucionais** de urgência, necessidade **e** relevância material – **não podem justificar** a utilização de medidas provisórias, **sob pena** de o Executivo, **além de apropriar-se**, *ilegitimamente*, **da mais relevante** função institucional **que pertence** ao Congresso Nacional, **converter-se em instância hegemônica de poder** no âmbito da comunidade estatal, **afetando**, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas **e sérios reflexos** sobre o sistema de **checks and balances**, **a relação** de equilíbrio que **necessariamente** deve existir **entre** os Poderes da República.

Os dados pertinentes ao número de medidas provisórias editadas **e** reeditadas pelo presidente da República, **desde** 5 de outubro de 1988 **até** a presente data, **evidenciam** que o **exercício compulsivo** da competência extraordinária **de editar** medida provisória **culminou por introduzir**, no processo institucional brasileiro, *verdadeiro cesarismo governamental* em matéria legislativa, **provocando** graves **distorções** no modelo político **e gerando** sérias **disfunções** comprometedoras **da integridade** do princípio constitucional da separação de poderes, **como tive o ensejo** de enfatizar, **quando** do julgamento **do RE 239.286/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO (**RDA** 219/323-329).

Não se pode ignorar que os **diversos** presidentes da República – **no período** compreendido **entre** 5-10-1988 (data da promulgação e vigência da Constituição Federal) **e** a presente data –, **valendo-se** do instrumento *excepcional* da medida provisória, **legislaram** *quase três vezes mais* que o próprio Congresso Nacional em **igual** período.

Vê-se, daí, **que apenas** os chefes do Poder Executivo da União **foram responsáveis**, *somente eles*, em **referido** período, pela edição originária **ou** por reedições sucessivas de (**muitos**) milhares de medidas provisórias, circunstância esta que – **além** de concentrar, **indevidamente**, na Presidência da República, **o foco e o eixo** das decisões legislativas – **tornou instável** o ordenamento normativo do Estado brasileiro, **que passou**, em consequência, **a viver** *sob o signo do efêmero*.

De outro lado, e tendo presente esse **anômalo** quadro **de disfunção** dos poderes governamentais – de que deriva, **em desfavor** do Congresso Nacional, **o comprometimento** do relevantíssimo **poder de agenda**, por acarretar **a perda** da capacidade de o Parlamento condicionar e influir, **mediante** regular atividade legislativa, na definição **e** no estabelecimento de políticas públicas –, **cumpre ressaltar** que, **somente** no período compreendido **entre** 1995 **e** 2001, o presidente da República (**entre edições e reedições**) **promulgou**, *sozinho*, **um total** de medidas provisórias (**em torno** de 5.276), **total esse equivalente a mais** do que o **dobro** de decretos-leis (**precisamente 2.272** decretos-leis) **editados** pelos *generais presidentes*, **ao longo de todo** o regime de exceção, que, no Brasil, **vigorou** entre 1º de abril de 1964 **e** 15 de março de 1985.

Vale dizer, no período assinalado (**1964/1985**), os curadores do regime autoritário **editaram**, ao longo de 21 anos, **2.272 decretos-leis**, **o que corresponde**, *aproximadamente*, **a 43%** do total de medidas provisórias (**5.276**) que, **em sete anos** (1995-2001), **foram** editadas/reeditadas por determinado presidente da República, **numa eloquente atestação** de que o chefe do Poder Executivo da União, *já naquele momento*, **transformara-se**, *definitivamente*, **em verdadeiro** *legislador solitário da República*.

Cabe advertir, por isso mesmo, que a utilização **excessiva** das medidas provisórias **minimiza**, *perigosamente*, **a importância** político-institucional do Poder Legislativo, **pois suprime** a possibilidade **de prévia** discussão parlamentar de matérias que, *ordinariamente*, estão sujeitas **ao poder decisório** do Congresso Nacional.

Na realidade, **a expansão** do poder presidencial, **em tema** de desempenho da função normativa primária, **além de viabilizar** a possibilidade de uma **preocupante** ingerência do chefe do Poder Executivo da União **no tratamento unilateral** de questões, que, *historicamente*, **sempre** pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos, **introduz fator de desequilíbrio sistêmico** que atinge, afeta **e** desconsidera **a essência** da ordem democrática, **cujos fundamentos** – apoiados em razões de garantia política **e** de segurança jurídica dos cidadãos – **conferem justificação teórica** ao princípio da reserva de Parlamento **e** ao postulado da separação de poderes.

Cumpre **não** desconhecer, neste ponto, **que é o Parlamento**, no regime da separação de poderes, **o único** órgão estatal investido de legitimidade constitucional **para elaborar**, *democraticamente*, as leis do Estado.

Interpretações regalistas da Constituição – **que visem a produzir** exegeses *servilmente* ajustadas à visão **e** à conveniência **exclusivas** dos governantes **e** de estamentos dominantes no aparelho social – **representariam clara subversão** da vontade inscrita no texto de nossa Lei Fundamental **e ensejariam**, a partir da temerária aceitação da soberania interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, **a deformação** do sistema de discriminação de poderes, **fixado**, de modo legítimo e incontrastável, pela Assembleia Nacional Constituinte.

Impõe-se relembrar – *e relembrar a todo momento* – que os poderes do Estado, **em nosso** sistema constitucional, **são essencialmente definidos e precisamente limitados**. "*E a Constituição foi feita*" – **adverte** a doutrina (HUGO L. BLACK, "**Crença na Constituição**", p. 39, 1970, Forense) – "*para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos*".

Tenho sempre enfatizado, bem por isso, senhor presidente, **que uma Constituição escrita não configura** mera peça jurídica subalterna, **que possa sujeitar-se** à vontade discricionária **e** irresponsável dos governantes, **nem representa** simples estrutura formal de normatividade, **nem pode caracterizar ou ser interpretada** como um *irrelevante* acidente histórico na vida dos povos **e** das Nações (**RTJ 146/707-708**, rel. min. CELSO DE MELLO). **A Constituição** – cujo sentido de permanência, estabilidade e transcendência **deve sobrepor-se** à irrupção

de crises meramente episódicas **ou** à ocorrência de dificuldades de natureza conjuntural, que, **eventualmente**, afetem o aparelho de Estado **ou**, até mesmo, a **própria** sociedade civil – **reflete**, ante a **magnitude** de seu significado político-jurídico, **um documento solene** revestido de importância essencial, **sob cujo império protegem-se** as liberdades, **impede-se** a opressão do poder **e repudia-se** o abuso governamental.

O exercício das funções estatais **sofre** os rígidos condicionamentos **impostos** pela ordem constitucional. **O extravasamento** dos limites de sua atuação **põe**, gravemente, **em causa** a supremacia, formal **e** material, da Constituição **e gera** situações de conflituosidade jurídico-institucional, **na medida** em que os atos de usurpação **qualificam-se** como fatores de ruptura do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

O constituinte brasileiro, ao elaborar a Constituição que nos rege, **mostrou-se atento e sensível** à experiência histórica **de outros** povos **e fez consagrar**, na Carta Política que promulgou, **fiel** à nossa própria tradição constitucional, **um princípio** cuja essencialidade é marcante **no plano** das relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional.

Esse princípio – *o da separação de poderes* –, **a que é ínsito** um sentido de fundamentalidade, **foi proclamado**, na Constituição brasileira de 1988, **como** um dos seus núcleos irreformáveis, insuscetível, *até mesmo*, de alteração **por via** de emenda constitucional (**CF**, **art. 60**, **§ 4º**, **III**).

É indubitável que nenhum dos poderes do Estado **detém** o monopólio **de suas próprias** atribuições (funções típicas). **Cada qual** exerce, *em caráter secundário*, **atipicamente**, atribuições jurídicas que, no plano constitucional, são *preponderantemente* deferidas, **em razão** de sua especialização funcional, **aos demais** poderes estatais.

O sistema de ***checks and balances***, de freios **e** contrapesos, **possibilita**, pelo exercício de controles interorgânicos recíprocos, a harmonia **e** a interdependência **entre** os poderes do Estado, **com o que se preserva** o regime das liberdades públicas **e se mantém**, no plano da sociedade política, **o equilíbrio institucional** entre esses mesmos poderes.

As recíprocas interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, **desde** que ocorram nas hipóteses **constitucionalmente** autorizadas, **não** provocam a ruptura do sistema, **precisamente porque** por este previstas **e** disciplinadas de modo expresso.

Essa ruptura, no entanto, ocorrerá **sempre** que **qualquer** dos Poderes exercer, **com expansão desordenada**, atribuições que lhe não são próprias, **ou**, então, **impedir**, por atos que se desviem da ortodoxia constitucional, **o normal** desempenho, **pelos demais** Poderes do Estado, **de funções** que lhes são inerentes.

É por tais razões, e, notadamente, **para evitar** que o texto de nossa Lei Fundamental **se exponha** a manipulações exegéticas, **e seja submetido**, por razões de simples interesse político **ou** de mera conveniência administrativa,

ao império dos fatos **e** das circunstâncias, **degradando-se** em sua autoridade normativa, **que entendo possível** o exame, **por parte do Poder Judiciário**, **dos pressupostos** da relevância **e** da urgência, **os quais**, referidos no art. 62 da Constituição da República, **qualificam-se** como requisitos legitimadores **e** essenciais ao exercício, pelo presidente da República, **da competência normativa** que lhe foi *extraordinariamente* outorgada **para editar** medidas provisórias.

Os pressupostos em questão – **urgência** da prestação legislativa **e relevância** da matéria a ser disciplinada – **configuram** elementos **que compõem** a própria estrutura constitucional da regra de competência **que habilita** o chefe do Executivo, **excepcionalmente**, a editar medidas provisórias.

Tais pressupostos, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, **expõem-se**, enquanto categorias de natureza jurídica, **à possibilidade** de controle jurisdicional.

É que a carga de discricionariedade política, **subjacente** à formulação **inicial**, pelo chefe do Executivo, do juízo **concernente** aos requisitos da urgência **e** da relevância, **não pode** legitimar o exercício **abusivo** da prerrogativa extraordinária de legislar.

Vê-se, pois, **que a relevância e a urgência – que se revelam noções** redutíveis à categoria de conceitos **relativamente** indeterminados – **qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores** da edição das medidas provisórias. **Constituem** requisitos **condicionantes** do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política **outorgou** ao presidente da República.

Tratando-se de requisitos **de índole constitucional**, **cabe**, ao Supremo Tribunal Federal, **em cada caso ocorrente**, **analisar** a configuração desses pressupostos, **cuja existência** se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.

É certo, ante a fluidez **e** a relativa indeterminação conceitual **da noção** de tais pressupostos, **que a ausência** desses requisitos constitucionais **nem sempre** revelar-se-á objetivamente clara. **Daí a necessidade** de proceder-se à análise de tais requisitos, em **cada** situação ocorrente.

O poder excepcional que assiste ao presidente da República **de legislar**, mediante medida provisória, **está necessariamente subordinado** à concreta satisfação dos requisitos impostos pela Constituição, que, **ao referir-se** aos pressupostos de urgência **e** de relevância, **torna judicialmente apreciáveis** tais fatores de legitimação da prática dessa competência normativa primária atribuída ao presidente da República.

A discricionariedade governamental, **em casos anômalos** de excesso de poder **ou** em situações inaceitáveis de manifesto abuso institucional, **não pode ignorar** o princípio da supremacia da Constituição, **nem desconsiderar** os postulados que derivam do sistema consagrado por nosso ordenamento constitucional.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal **vem proferindo** decisões nas quais **tem reconhecido a possibilidade de controle jurisdicional** sobre a configuração desses pressupostos de índole constitucional, **sempre** em ordem **a impedir** que se concretizem situações tipificadoras **de abuso** do poder de legislar (**ADI 162/DF**, rel. min. MOREIRA ALVES) **ou** que se caracterizem, então, hipóteses reveladoras **de evidente** ausência desses mesmos requisitos de índole jurídica (**RTJ 165/173-174**, rel. min. CARLOS VELLOSO).

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **revela-se bastante expressivo** no ponto **em que admite a possibilidade de fiscalização**, pelo Poder Judiciário, de eventuais **excessos**, que, **gerados** pelo reconhecimento **arbitrário**, por parte do chefe do Executivo, **da ocorrência** dos pressupostos de urgência **e** relevância, **culminem** por viabilizar **a prática abusiva** da competência de legislar:

> ***Os conceitos de relevância e de urgência*** *a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do presidente da República,* ***mas admitem o controle judiciário*** *quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.* [**ADI 162/DF**, rel. min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.]

> ***Medida provisória****:* ***controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidade e limites)****; recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada.* [**RTJ 145/101**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.]

> *II –* ***Requisitos de urgência e relevância****: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo,* ***a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente*** *(...).* [**RTJ 165/174**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.]

> *Medida provisória:* ***excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência*** *dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (...).* [**ADI 1.753/DF**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.]

> ***Requisitos de relevância e urgência****: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do chefe do Executivo e do Congresso Nacional.* ***Todavia****,* ***se uma ou outra****, relevância ou urgência,* ***evidenciar-se improcedente****, no controle judicial,* ***o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória****.* ***Precedente****: ADI 162/DF (medida liminar), Moreira Alves, Plenário, 14-12-1989; ADI 1.397-DF, Velloso. RDA 210/294.* [**RE 217.162/DF**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.]

Esse entendimento jurisprudencial – **que identifica**, na medida provisória, uma categoria normativa que traduz **derrogação excepcional** ao princípio constitucional da separação de poderes **e que admite**, por isso mesmo, **a possibilidade**, ainda que extraordinária, **do controle jurisdicional** sobre os pressupostos da

relevância e da urgência – **encontra apoio no magistério da doutrina** (CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "**Medidas Provisórias e Princípio da Separação de Poderes**", p. 44/69, **62**, "*in*" "**Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa**", coordenação de Ives Gandra Martins, 2001, Forense Universitária; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**Medidas Provisórias**", p. 143/147, 2. ed., 1999, Max Limonad; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 533/534, item n. 13.3, 19. ed., 2001, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 539/541, item n. 4.3.8, 9. ed., 2001, Atlas; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**", p. 168/171, itens n. 181/182, 1. ed., 1999, Cejup; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", p. 288, vol. 3, 1992, Saraiva; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Constituição Federal Anotada**", p. 769/770, item n. 10, 1. ed., 2000, Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Constituição da República Federativa do Brasil**", p. 207, 2. ed., 1999, Saraiva; HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, "**Medida Provisória na Constituição de 1988**", p. 84/86, 1997, Fabris Editor, **v.g.**), **cabendo destacar**, ante a **precisa** abordagem que faz do tema, **a lição**, *sempre autorizada*, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("**Curso de Direito Administrativo**", p. 100/101, itens n. 56/57, 13. ed., 2001, Malheiros):

> *O Judiciário **não sai** de seu campo próprio **nem invade** discrição administrativa **quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos** para delimitar uma dada competência **existem ou não existem. Uma vez** que a Constituição **só admite** medidas provisórias **em face** de situação relevante e urgente, **segue-se que ambos são**, cumulativamente, **requisitos indispensáveis** para irrupção da aludida competência. **É dizer**: sem eles inexistirá poder para editá-las. **Se** a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência **fora** destas hipóteses, **não haveria condicionado** sua expedição **à pré-ocorrência** destes supostos normativos. **Segue-se que têm de ser judicialmente controlados**, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. **Com efeito, se** "**relevância e urgência**" fossem noções só aferíveis concretamente pelo presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, **o delineamento e a extensão** da competência para produzir tais medidas **não** decorreriam da Constituição, **mas da vontade** do presidente, pois teriam o âmbito que o chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, ideia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.*
>
> ***A circunstância de relevância e urgência serem** – como efetivamente o são – **conceitos** "**vagos**", "**fluidos**", "**imprecisos**", **não implica** que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ocos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.*
>
> ***Do fato** de "relevância" e "urgência" **exprimirem noções vagas**, de contornos indeterminados, **resulta apenas que**, efetivamente, **muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas** nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. **De par com elas**,*

entretanto, ***ocorrerão*** *outras tantas em que será induvidoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, induvidoso que existem.* ***Logo, o Judiciário sempre poderá*** *se pronunciar* ***conclusivamente*** *ante os casos de "certeza negativa"* ***ou*** *"positiva",* ***tanto*** *como reconhecer que o presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível.*

Assim*, fulminará as medidas provisórias,* ***por extravasamento*** *dos pressupostos que as autorizariam,* ***nos casos*** *de "certeza negativa" e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais.* [**Grifei**.]

Assentadas essas premissas, **resta verificar** se se registra, no caso ora em exame, **a ocorrência**, ou não, **dos pressupostos** da relevância **e** da urgência.

Valho-me, para tanto, senhor presidente, **dos próprios** fundamentos **em que se apoia** a pretensão de inconstitucionalidade **ora deduzida** pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **que bem demonstrou**, *a meu juízo*, **a falta** de observância, **na espécie**, pelo chefe do Poder Executivo da União, *dos pressupostos constitucionais* **necessários** à válida edição da medida provisória ora em julgamento.

Tais razões **bastam-me** para pronunciar, no caso, **a inconstitucionalidade** da norma que vem de ser impugnada nesta sede de controle abstrato, **reafirmando**, em consequência, **a possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal **exercer** controle jurisdicional sobre os pressupostos *constitucionais* (urgência **e** relevância) **que condicionam** a edição das medidas provisórias em geral.

Enfatizo que a reafirmação desse poder de controle **assume** relevo inquestionável, **notadamente** se se tiver em consideração **antiga** jurisprudência desta Corte **que se recusava**, **com apoio** na doutrina *das questões políticas*, a efetivar a fiscalização jurisdicional *dos supostos normativos* **concernentes** à urgência **e** à relevância.

O sr. ministro Marco Aurélio: Exato. Durante muito tempo, ficamos vencidos nessa matéria.

O sr. ministro Celso de Mello: É verdade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Que o Tribunal não admitia, como se não fossem predicados constitucionais para a edição da medida provisória, o exame da relevância e da urgência.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Exatamente.

O sr. ministro Celso de Mello: **São pressupostos** que compõem **a própria** estrutura constitucional da medida provisória, **qualificando-se** como requisitos normativos **essenciais** à válida edição desse ato do Poder Executivo **revestido** de força **e** eficácia de lei, **consoante prevê** a própria Lei Fundamental da República (**art. 62**, *caput*).

A sra. ministra Cármen Lúcia: Requisito para que ela possa ser expedida validamente; e o requisito quem examina é o Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Exatamente. É de nenhum relevo que a emenda tenha sucedido à lei há alguns dias. A lei é de fins de agosto, e a emenda é de começo de setembro.

O sr. ministro Celso de Mello: **Reconheço**, ainda, senhor presidente, **para além** das razões que venho de expor, que **também** se registra, na espécie, a existência **de outro** vício **igualmente** configurador **da ilegitimidade constitucional** da ora questionada regra normativa, **pois** esta **veicula** matéria de índole processual civil, o que esta Suprema Corte, **já antes mesmo** da promulgação da EC 32, de 11-9-2001, **considerava inadmissível**, em tema de regulação legislativa, **mediante** utilização de medida provisória (**ADI 1.910-MC/DF**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Sendo assim, e com estas considerações, **julgo procedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade, **acompanhando**, em consequência, **o douto voto** proferido por Vossa Excelência, senhor presidente.

É o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, quero confirmar que concordo inteiramente com o voto de Vossa Excelência.

Agora, tentarei agregar, lateralmente, é uma espécie de *obiter dictum*. Eu acho que não cabe à lei, a lei não tem essa força de excluir honorários sucumbenciais nesse ou naquele caso, só a própria Constituição. Como, aliás, fez a Constituição em matéria de ação popular, dispensou os ônus da sucumbência. Mas isso é apenas lateral, uma observação sem maior significado no plano de fundamentação propriamente dita da decisão.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, eu só queria registrar que os fundamentos do meu voto acompanham os de Vossa Excelência, e não os arguidos na inicial, nem os da tribuna, porque a questão da isonomia arguida da tribuna sequer foi colocada na petição inicial.

Portanto, eu não vejo, no art. 133 da Constituição, um direito adquirido a honorários advocatícios ou a necessidade de a lei prever honorários advocatícios. Só queria deixar isso bastante claro.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, quando eu digo lei, estou me referindo à medida provisória que tem força de lei pela Constituição.

Mas o fundamento de Vossa Excelência, para mim, é irrespondível.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.736/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e outros e Rafael Barbosa de Castilho e outros). Requerido: Presidente da República. Interessada: Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil – ANABB (Advogado: Mauro Machado Chaiben).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, ministro Cezar Peluso (presidente), julgou procedente a ação direta. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes. Falou pelo requerente o dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 8 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.248 — PR

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Requerente: Procurador-geral da República — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná — Interessada: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 299 da Lei paranaense 14.351/2004. Critérios para remoção de notários e registradores para serventia vaga. Ação julgada procedente.

I – Constitui afronta ao § 3º do art. 236 da Constituição Federal dispositivo de lei estadual que autoriza a remoção de notários e registradores por meio de simples requerimento do interessado, sujeito à aprovação discricionária do Conselho de Magistratura local, independentemente de concurso.

II – A declaração de inconstitucionalidade não exclui a necessidade de confirmação dos atos praticados pelos notários ou registradores removidos com base no dispositivo inconstitucional até o ingresso de serventuário removido após a realização de concurso. Isso porque, com fundamento na aparência de legalidade dos atos por eles praticados, deve-se respeitar os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé.

III – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 299 da Lei 14.351/2004 do Estado do Paraná.

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.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O procurador-geral da República, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei paranaense 14.351, de 10 de março de 2004, que inseriu o art. 299 no Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná (Lei estadual 14.277/2003).

O dispositivo legal impugnado possui o seguinte teor:

> Art. 299. O agente delegado, ingressado no concurso na forma do disposto pelo § 3º do art. 236, da Constituição Federal, que esteja respondendo por diferente delegação, poderá ser para esta última removido com a aprovação do Conselho da Magistratura, assim o requerendo, comprovada:
>
> a) a baixa rentabilidade da serventia para a qual recebeu a delegação;
>
> b) que a designação perdure por dois anos ou mais;
>
> c) a vacância da serventia a ser preenchida. [Fl. 6.]

Narra o requerente que a lei que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do Estado do Paraná é a de número 14.277, de 30-12-2003,

> cujo artigo 299, de idêntico teor ao acima transcrito, foi vetado pelo Governador do Estado, tendo sido tal veto derrubado pela Assembleia Legislativa, que editou a Lei Estadual n. 14.351, de 10 de março de 2004, reintroduzindo no ordenamento jurídico o comando ora impugnado. [Fl. 3.]

Sustenta, em síntese, a violação do comando insculpido no § 3º do art. 236[1] da Carta da República, o qual impõe, de forma expressa, a realização de concurso público de provas e títulos, para o ingresso na atividade notarial ou de registro, bem como de concurso de remoção, no caso de provimento derivado, destinado ao preenchimento de serventia vaga.

Por essa razão, acrescenta, o dispositivo atacado revela-se inconstitucional, no ponto em que autoriza a remoção através de simples requerimento, sem a necessária observância da exigência constitucional de abertura de concurso.

Afirma, mais, que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* estão evidenciados na espécie diante da possibilidade de que as serventias vagas venham a ser, desde logo, ocupadas de forma indevida, em ofensa ao estabelecido no texto constitucional, ou seja, por agentes delegados que não participaram de concurso de remoção (fl. 5).

Assim, requer o autor seja suspensa, liminarmente, a norma impugnada, julgando-se a ação procedente, no mérito (fl. 12).

Solicitadas as informações pelo então relator, ministro Carlos Velloso, na forma do art. 12 da Lei 9.868/1999, alegou o presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, em suma, que o preceito atacado não afronta o texto constitucional, dado que

> cuida, em verdade, apenas de um critério excepcional de provimento derivado por concurso de remoção. E o critério para se aferir a remoção, na atualidade, segundo dispõe o art. 16 da Lei n. 8.935/94, faz-se exclusivamente com base na titulação dos candidatos. [Fl. 77.]

---

[1] "Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

(...)

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses."

Acrescenta que a norma objeto da presente ação, ademais, limita-se a eleger como título para a remoção o decurso do tempo, o que não exclui o concurso constitucionalmente previsto (fls. 75-85).

Às fls. 153-162, manifestou-se a Advocacia-Geral da União pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, alegando a inconstitucionalidade formal e material do dispositivo questionado.

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, opinou pela procedência do pedido, em parecer assim ementado:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 299 da Lei n. 14.351/2004, do Estado do Paraná. Violação do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal. É obrigatória a abertura de concurso de remoção para o preenchimento, por notários e registradores, de serventia vaga. Parecer pela procedência do pedido. [Fls. 168-171.]

Em 22-9-2008, admiti o ingresso da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR) na qualidade de *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinada a questão constitucional, tenho que o caso é de procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Isso porque a Lei paranaense 14.277, de 30-12-2003, que estabelece o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná, alterada pela Lei 14.351, de 10-3-2004, em seu art. 299, fixa os critérios para remoção de notários e registradores entre as diferentes serventias do Estado do Paraná, no caso da abertura de vaga.

Ocorre que o referido preceito confia à discricionariedade do Conselho da Magistratura local a aprovação de requerimento formulado pelo interessado na remoção da delegação, sem fazer qualquer menção à realização de concurso para tanto, o que, a toda evidência, colide com o Texto Constitucional.

Senão vejamos.

Com efeito, o § 3º do art. 236 da Carta Magna exige, de maneira expressa, a realização de concurso público de provas e títulos para ingresso na atividade notarial e de registro, estabelecendo, ainda, que "não será permitido que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de **concurso de provimento ou de remoção** por mais de seis meses" (grifei).

Assim, não se extrai outra conclusão do parâmetro de constitucionalidade senão a de que, na hipótese de provimento derivado de serventia vaga, necessariamente, deverá ser aberto concurso de remoção.

Ao distinguir as exigências estabelecidas no art. 236, § 3º, da Constituição relativamente às duas situações, quais sejam, provimento inicial e remoção, o

ministro Moreira Alves, nos autos da ADI 2.018-MC/DF, da qual foi relator, assim dispôs:

> (...) ao contrário do que ocorre com a modalidade de concurso para o ingresso na atividade notarial e de registro que esse dispositivo constitucional especificou como sendo "concurso público de provas e títulos", em atenção até a circunstância de os titulares dessas atividades serem servidores públicos em sentido amplo, **no tocante à remoção ele exigiu apenas concurso que se abra antes de decorridos seis meses do momento em que a serventia fique vaga**. [Grifei.]

Importa assinalar, conforme bem ressaltou o procurador-geral em seu parecer, que, diversamente do quanto alegado pela Assembleia Legislativa do Estado do Paraná em suas informações,

> o objeto da presente ação não envolve a questão da modalidade de concurso a ser realizado, se de provas, ou de títulos, mas aponta a necessidade de que, **para a transferência de notários e registradores já em atividade, seja aberto o concurso de remoção, dispensado pela legislação paranaense**. [Grifos meus.]

Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, acentuou a necessidade de realizar-se concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro, sem quaisquer temperamentos. Nesse sentido, cito os seguintes julgados: ADI 3.016/CE, rel. min. Gilmar Mendes; ADI 2.379-MC/MG, rel. min. Ellen Gracie; ADI 417/ES, rel. min. Maurício Corrêa; ADI 1.047/AL, rel. min. Sepúlveda Pertence; ADI 1.855/RJ, rel. min. Nelson Jobim; ADI 552/RJ, ADI 363/DF e ADI 690/GO, todas de relatoria do min. Sydney Sanches.

Destaco, ainda, da decisão proferida pelo ministro Celso de Mello no RE 234.935/SP:

> Os tabeliães e os oficiais registradores – que são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado e que desempenham atividade essencialmente revestida de estatalidade – dependem, para efeito de ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, além de estarem sujeitos a concurso de remoção, sempre que o preenchimento da Serventia autorizar essa modalidade de investidura (CF, art. 236, § 3º).

Lembro, a propósito, que o ministro Néri da Silveira, por ocasião do julgamento da ADI 2.069-MC/DF, ressaltou a importância da realização de concurso público para o provimento dos cargos iniciais da atividade notarial e de registro, bem como no caso de remoção, nos seguintes termos:

> Prevê-se, pois, no Texto Maior, além do concurso de ingresso, o de remoção.
> (...)
> Está, no âmago do sistema, o provimento inicial por concurso público de provas e títulos e, também, submeter o provimento derivado a regime de mérito, evitando remoções discricionárias.

Nessa linha, extraio da manifestação da Advocacia-Geral da União, por oportuno, o seguinte trecho:

> (...) observa-se que **tais remoções nem podem ser discricionárias nem tampouco podem fugir a um regime de aferição do mérito dos candidatos**.
>
> Ora, o dispositivo impugnado vai de encontro à orientação assim estabelecida pelo STF tanto num ponto quanto no outro. Com efeito, além de não prever a realização de concurso de remoção, tal preceito confia à discricionariedade do Conselho da Magistratura local a aprovação de requerimento formulado por notário ou registrador interessado em ser removido entre diferentes serventias, **na medida que não vincula a decisão de tal órgão a critério objetivo algum**. Além disso, **afasta-se de um desejável regime de aferição do mérito para dizer, simplesmente, que os interessados na remoção para uma serventia vaga deverão comprovar, a par do fato de a sua designação perdure por dois anos ou mais, apenas a baixa rentabilidade da serventia para a qual recebeu a delegação**. [Grifos meus.] [Fls. 94-95.]

Diante disso, entendo que o dispositivo impugnado, ao autorizar a remoção de notários ou registradores por meio de simples requerimento, sujeito à mera aprovação discricionária do Conselho da Magistratura paranaense, independentemente de realização de concurso, constitui evidente afronta ao § 3º do art. 236 do Texto Maior, preceito esse que visa resguardar, sobretudo, o princípio da isonomia.

Vale ressaltar, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade não exclui a necessidade de confirmação dos atos praticados pelos notários ou registradores removidos com base no dispositivo inconstitucional até o ingresso de serventuário removido após a realização de concurso. Isso porque, com fundamento na aparência de legalidade dos atos por eles praticados, deve-se respeitar os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé.

Assim, nos termos do meu voto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 299 da Lei 14.351, de 10 de março de 2004, do Estado do Paraná, em face da manifesta afronta ao § 3º do art. 236 da Constituição Federal.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia: A validade, então, será apenas dos atos?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Dos atos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Dos atos praticados, à maneira de funcionário de fato?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Vossa Excelência, como boa administrativista, professora de direito administrativo, bem observou, até como funcionários públicos de fato os seus atos merecem e devem ser convalidados.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas registro que recebi memoriais e cheguei à mesma conclusão do relator. Aliás, o preceito de 2004 alude a delegação diferente da, objeto em si, do concurso. Também acabo por admitir algo incompreensível, que é a vacância, com esse estado de delegação temporária, por dois anos ou mais. Ao cogitar de simples requerimento para ter-se como efetivada a situação jurídica, coloca em segundo plano o que exigido pelo art. 236, § 3º, que é o concurso também para remoção.

Por isso, acompanho o relator, em que pese ao memorial que recebi do escritório do professor René Ariel Dotti, declarando a inconstitucionalidade do preceito.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.248/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Interessada: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR (Advogados: Francisco Augusto Zardo 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. Falou, pelo *amicus curiae*, o dr. Júlio Brotto.

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.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.602 — GO

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-geral da República — Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e governador do Estado de Goiás

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 37, II e V. Criação de cargo em comissão. Lei 15.224/2005 do Estado de Goiás. Inconstitucionalidade.

É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de perito médico-psiquiátrico, perito médico-clínico, auditor de controle interno, produtor jornalístico, repórter fotográfico, perito psicológico, enfermeiro e motorista de representação.

Ofensa ao art. 37, II e V, da Constituição Federal.

Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da Lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, em julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 16-A, incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV, da Lei 15.224, de 7 de julho de 2005, do Estado de Goiás, bem como do anexo I da mesma lei, na parte em que criou os cargos de provimento em comissão.

Brasília, 14 de abril de 2011 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo procurador-geral da República em face do art. 16-A, incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV, da Lei estadual de Goiás 15.224, de 7 de julho de 2005, bem como do anexo I da mesma lei, na parte em que criou os cargos de provimento em comissão objeto da presente ação.

Os dispositivos impugnados possuem o seguinte teor:

> Art. 16-A. Ficam criados, no grupo de Direção, Assessoramento e Encargos Especiais – DAE, os seguintes cargos de provimento em comissão:
> XI – 5 (cinco) cargos de Perito Médico-Psiquiátrico – DAE-7;
> XII – 1 (um) cargo de Perito Médico-Clínico – DAE-7;
> XIII – 5 (cinco) cargos de Auditor de Controle Interno – DAE-6;
> (...)
> XVIII – 2 (dois) cargos de Produtor Jornalísitco – DAE-5;
> XIX – 1(um) cargo de Repórter Fotográfico – DAE-5;
> XX – 1 (um) cargo de Perito Psicólogo – DAE-5;
> (...)
> XXIV – 2 (dois) cargos de Enfermeiro – DAE-3;
> XXV – 4 (quatro) cargos de Motorista de Representação – DAE-3;

O requerente sustenta ofensa ao art. 37, II e V, da Constituição Federal. Afirma que a lei atacada "pretendeu atribuir a natureza de cargo em comissão a serviços que **não** demandam a necessária relação de confiança do nomeante", em patente violação ao princípio da obrigatoriedade de concurso público para ingresso no serviço público.

Informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado de Goiás às fls. 25-28.

O governador do Estado de Goiás, nas informações de fls. 147-149, manifesta sua aquiescência aos termos da inicial, de forma a ser declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

O advogado-geral da União, às fls. 132-140, manifesta-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, afirmando que "não é inerente aos cargos de perito médico-psiquiátrico, perito médico-clínico, auditor de controle interno, produtor jornalístico, repórter fotográfico, perito psicológico, enfermeiro e motorista de representação uma relação de confiança entre o servidor e o superior hierárquico que justifique a dispensa da exigência de aprovação prévia em concurso público".

O procurador-geral da República, no parecer de fls. 142-144, ratifica os termos da inicial, requerendo a procedência do pedido.

É o relatório.

Distribuam-se cópias aos senhores ministros e às senhoras ministras (art. 87, I, RISTF).

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhor presidente, examina-se nesta ação direta a constitucionalidade de lei estadual que cria cargos em comissão cujas atribuições não se revestem das características típicas de assessoramento, chefia ou direção, tampouco demandam relação de confiança entre o ocupante do cargo e seu superior hierárquico.

A lei impugnada, dentre outros, criou cargos em comissão de perito médico-psiquiátrico, perito médico-clínico, auditor de controle interno, produtor jornalístico, repórter fotográfico, perito psicológico, enfermeiro e motorista de representação. Como se vê, trata-se de cargos com atribuições estritamente técnicas para cujo exercício não há necessidade de qualquer relação de confiança entre o servidor nomeado e seu superior hierárquico.

A toda evidência, são cargos que devem ser preenchidos por servidores regularmente admitidos após aprovação em concurso público, como determina o art. 37, II, da Constituição Federal.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II, como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, *DJ* de 29-8-2003; ADI 2.427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno, *DJ* de 8-8-2003; ADI 1.269-MC, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 25-8-1995). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21-5-1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12-12-1985).

Em síntese, a Lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, em relação aos dispositivos ora impugnados, viola o art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988 porque criou cargos em comissão: (i) que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção; e (ii) que não demandam relação de confiança típica dos cargos de provimento em comissão.

Do exposto, voto pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 16-A, incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV, da Lei 15.224, de 7 de julho de 2005, do Estado de Goiás e também o anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos de provimento em comissão a que se refere esta ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, vou até me aproveitar, aqui, de uma ironia inteligente do professor Felipe Derbli, porque, no caso, o que se verifica? A pretexto de criar cargos em comissão, foram criados cargos de provimento efetivo.

Só *en passant*, para desanuviar um pouco o ambiente, eu diria que há só uma constitucionalidade parcial aqui, porque o único cargo de "direção" aqui criado é o de motorista.

Estou votando de acordo com o ministro Joaquim Barbosa.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, também acompanho o relator, apenas anotando aqui, porque o relator fez uma observação a respeito de ser a primeira vez que ele vê a própria autoridade chamada para informar, dizendo que realmente concorda com a ação direta de inconstitucionalidade, mas isso é uma coisa comum porque, se se notar, a data é de 26 de janeiro de 2006, era um governador novo e a prática tinha sido do anterior, que era oposição. Então, na verdade, aqui há um dado: como não pode haver desistência da ação direta, todas as vezes que isso acontecer, acaba acontecendo realmente esse tipo de prática, mas não por respeito ao direito.

Enfim, eu acompanho às inteiras o voto do eminente relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.602/GO — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Procurador-geral da República. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e governador do Estado do Goiás.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 16-A, incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV, da Lei 15.224, de 7 de julho de 2005, do Estado de Goiás, bem como do anexo I da mesma lei, na parte em que criou os cargos de provimento em comissão. Votou o presidente. Ausentes o ministro Cezar Peluso (presidente), em participação no Seminário "Jornadas Jurídicas Portugal-Brasil-Alemanha: Direito Privado e Direito Constitucional", em Lisboa, Portugal; o ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na inauguração do Centro de Investigação de Direito Constitucional Peter Haberle, da Universidade de Granada, em Granada, Espanha; e justificadamente o ministro Dias Toffoli. 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, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 14 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.078 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Relatora para o acórdão: A sra. ministra Cármen Lúcia

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, I, da Lei 7.746/1989. Escolha de magistrado para o Superior Tribunal de Justiça: art. 104, parágrafo único, I, da Constituição da República. Magistrados dos tribunais regionais federais e tribunais de justiça: impossibilidade de exclusão dos que ingressem pelo quinto constitucional. Ação direta improcedente.

1. O inciso I do art. 1º da Lei 7.746/1989 repete o inciso I do parágrafo único do art. 104 da Constituição da República. Impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da norma sem correspondente declaração de inconstitucionalidade do dispositivo constitucional.

2. A Constituição da República conferiu ao Superior Tribunal de Justiça discricionariedade para, dentre os indicados nas listas, escolher magistrados dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça independente da categoria pela qual neles tenha ingressado.

3. A vedação aos magistrados egressos da advocacia ou do Ministério Público de se candidatarem às vagas no Superior Tribunal de Justiça configura tratamento desigual de pessoas em identidade de situações e criaria desembargadores e juízes de duas categorias.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da ministra Cármen Lúcia. Vencido o ministro Luiz Fux (relator). Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 10 de novembro de 2011 — Cármen Lúcia, relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuidam os autos de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil em face do inciso I do art. 1º da Lei 7.746, de 30 de março de 1989, que dispôs sobre a composição do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> Art. 1º O Superior Tribunal de Justiça, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 33 (trinta e três) ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 (trinta e cinco) anos e menos de 65 (sessenta e cinco) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo:
>
> I – **1/3 (um terço) dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e 1/3 e (um terço) dentre desembargadores dos Tribunais de justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;**
>
> II – 1/3 (um terço), em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 da Constituição Federal.
>
> Parágrafo único. Quando for ímpar o número de vagas destinadas ao terço a que se refere o inciso II, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade.

Em suas informações de fls. 75/83, que transcreve trechos da manifestação de fls. 85/92 oriunda do Ministério da Justiça, e nas razões de fls. 177/199, a Advocacia-Geral da União opinou pelo descabimento da presente ação, tendo em vista que os desembargadores oriundos do "quinto constitucional" seriam magistrados aptos a disputar uma vaga para o e. STJ dentre os cargos destinados à magistratura.

O Senado Federal pugnou, nas fls. 164/168, pela improcedência do pleito, à medida que o texto legal teria adequadamente reforçado a regulação da matéria em nível constitucional.

Em parecer de fls. 205/217, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Em suas razões, o *Parquet* ventila que a presente ação se revelaria juridicamente impossível, uma vez que o pretendido pela associação demandante seria a interpretação conforme de norma constitucional originária, eis que o dispositivo legal impugnado repete a regra constitucional contida no art. 104, inciso I, da Carta de 1988.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos senhores ministros.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, eminentes pares, o tema narrado nos autos não é inédito nesta Corte, tendo sido essencialmente

debatido na ADI 813 e no MS 23.445. Subsume-se o debate em torno da constitucionalidade do inciso I do art. 1º da Lei federal 7.746, acima transcrita, que teria, segundo noticia a associação de classe autora, emprestado uma leitura dissonante do que disposto no seu fundamento de validade constitucional, que se consubstancia na regra contida no art. 104 da Constituição da República, *verbis*:

> Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.
>
> Parágrafo único. **Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:** (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
>
> **I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal**;
>
> II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. [Grifei.]

Como fundamento do seu pleito, a AMB sustenta essencialmente que: a) uma interpretação sistemática do texto constitucional impediria a indicação de magistrados oriundos do quinto constitucional para as vagas da magistratura, e b) o inciso I do parágrafo único do art. 104 da Lei 7.746/1989 deve ser interpretado conforme à Constituição, a fim de que a regra lá contida tenha o significado de que apenas magistrados de carreira poderiam se candidatar ao terço destinado aos magistrados.

Quanto à admissibilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade

Senhor presidente, a presente ação direta merece ser conhecida. O texto do art. 104 da Constituição brasileira é polissêmico ao permitir, em sede abstrata, mais de uma interpretação possível.

A Lei 7.746, de 30 de março de 1989, ao versar o tema discutido nos autos, optou por um viés hermenêutico; vale dizer: escolheu uma das interpretações possíveis. A opção legislativa ao tratar do ingresso para o cargo de ministro no e. STJ foi favorável à tese de que o art. 104 da Carta de 1988 teria apagado todas as diferenças entre magistrados oriundos do "quinto constitucional" e magistrados que obtiveram sua experiência na judicatura.

O cotejo do texto constitucional acima transcrito com o dispositivo legal impugnado nos leva à conclusão de que esta última norma foi criada repetindo aquela e sem qualquer reflexão crítica sobre os preceitos constitucionais que, além do art. 104, cuidam do tema da composição do e. STJ.

Não se está afastando, com isso, do entendimento sereno desta Corte no sentido da impossibilidade de controle de constitucionalidade de norma originária do texto constitucional. Sobre o tema, inclusive, colho o ensejo para

transcrever as ideias lançadas por Claudio Pereira de Souza Neto em obra cujo título é *Constitucionalismo democrático e governo das razões*,[1] *verbis:*

> O Supremo Tribunal Federal tem rejeitado a tese [de controle de normas originárias do texto constitucional], deixando de conhecer das ações que a veiculam. Foi o que ocorreu recentemente em ADIn em que se impugnava o art. 14, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece a inelegibilidade do analfabeto. O preceito seria inválido por estabelecer tratamento discriminatório, incompatível com os princípios da igualdade e da dignidade humana. Como a regra do art. 14, § 4º, compõe o texto constitucional desde a origem, o STF se negou a apreciar a ADIn, classificando a hipótese como de carência da ação.[2]

In casu, a redação da Constituição é hígida, mas permite, ao menos, duas interpretações distintas. Uma no sentido de que um magistrado, independentemente de sua origem, poderia se candidatar ao e. Superior Tribunal de Justiça, e outra no sentido de que a origem do magistrado teria relevância, e, apenas magistrados com razoável vivência na magistratura poderiam candidatar-se às vagas destinadas a esta classe de profissionais; resultando daí a possibilidade de manejo da presente ação direta, que visa a esclarecer qual interpretação merece ser conferida ao dispositivo constitucional, à medida que a última conclusão exigiria da lei impugnada uma interpretação conforme à Constituição.

Nesse diapasão, a parte autora não apresentou um questionamento da redação originária da Constituição, tampouco pretendeu apagar trecho algum do texto promulgado em 1988. O propósito da demandante é, por outro lado, o de ver reconhecida por esta Corte uma interpretação que ela avalia como a mais correta do art. 104 da Constituição da República, e que não foi encampada pela lei que criou o e. STJ e tratou da sua composição. Voto, assim, pela admissibilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao mérito

Superada a questão da admissibilidade, impõe-se a análise do mérito.

A essência da *vexata quaestio* debatida nos autos já foi apreciada na ADI 813, da relatoria do eminente ministro Carlos Velloso, feito que foi julgado em junho de 1994. O caso então apreciado se referia mais especificamente à observância da regra do "quinto constitucional" em Estados que possuíam tribunais de alçada. Esta Corte teve de decidir sobre se os indicados para o quinto constitucional dos tribunais de justiça dos referidos entes da federação deveriam ser oriundos dos quintos dos tribunais de alçada, ou se deveriam ser escolhidos dentre advogados e membros do Ministério Público. O desfecho do processo pode ser vislumbrado pela leitura de sua ementa, *verbis*:

> *Ementa: Constitucional. Quinto constitucional. Tribunal de justiça. Tribunal de alçada. Lista sêxtupla. Constituição do Estado de São Paulo, art. 63, § 3º. Constituição Federal, art. 93, III, art. 94.*

I – **Os juízes do quinto constitucional, nos tribunais de alçada conservam, para promoção ao tribunal de justiça, a classe advinda da origem (CF, art. 93, III). Isto quer dizer que as vagas dessa natureza, ocorridas no tribunal de justiça, serão providas com integrantes dos tribunais de alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente**. Nos Estados, pois, em que houver tribunal de alçada, não haverá listas sêxtuplas para o tribunal de justiça, dado que o ingresso neste, pelo quinto constitucional, ocorrerá naquela Corte, vale dizer, no tribunal de alçada.

II – Interpretação harmônica do disposto no art. 93, III, e art. 94 da Constituição Federal.

III – Constitucionalidade do § 3º do art. 63 da Constituição do Estado de São Paulo.

IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. [Grifei.]

No referido julgado, esta Corte firmou o entendimento, por maioria, de que os membros do quinto de um tribunal de justiça que contasse com um tribunal de alçada deveriam ser escolhidos dentre juízes deste órgão oriundos do quinto constitucional. Prevaleceu a lógica do "quinto para o quinto". Ao decidir dessa forma, o e. STF se afastou, inclusive, do que havia concluído anteriormente quando do julgamento das ADI 27/PR e 29/RS.

Em seu voto, o eminente relator, ministro Carlos Velloso, chegou a destacar que "Há de ser considerada, entretanto, para a promoção ao tribunal de justiça, a origem advinda da classe a que pertenciam, conforme determina a Constituição, art. 93, III, *in fine*." Com o mesmo raciocínio, o eminente ministro Sydney Sanches sustentou que: "O juiz é promovido como juiz, se de carreira. O que não é de carreira, deve ser promovido para vaga da classe, a que pertenceu antes de ser juiz. Só assim posso entender a norma em discussão."

Em outro precedente, este Supremo Tribunal Federal também apreciou, há mais de dez anos atrás, tema semelhante ao que se debate nos autos. Cuida-se do MS 23.445, da relatoria do ministro Néri da Silveira, julgado em 18 de novembro de 1999, julgado sob a seguinte ementa:

Ementa: Mandado de segurança. 2. Ato do presidente da República. Mensagem 664, de 21 de maio de 1999, que submeteu ao Senado Federal nome de juiz de TRF para o provimento de cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, em vaga destinada a juiz de Tribunal Regional Federal (Constituição, art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte). 3. Alegação de que o juiz indicado não é originário da carreira da magistratura federal, violando-se assim, o princípio instituído pelo art. 93, III, da CF. 4. Liminar indeferida. Agravo regimental contra despacho indeferitório da liminar não conhecido, por intempestivo e incabível. 5. Não é o Superior Tribunal de Justiça corte de segundo grau, em termos a invocar-se a aplicação do art. 93, III, da Lei Magna. 6. A regra expressa da Constituição dispõe sobre a composição e forma de preenchimento dos cargos de ministro no Superior Tribunal de Justiça, a teor de seu art. 104, parágrafo único, incisos I e II. 7. A carreira dos juízes federais tem seu segundo grau nos Tribunais Regionais Federais. 8. Para o provimento dos cargos a que se refere o art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, não cabe distinguir entre juiz de TRF, originário da carreira da magistratura federal, ou proveniente do Ministério Público Federal ou da advocacia (CF,

art. 107, I e II). 9. Hipótese em que o juiz do TRF indicado proveio da advocacia (CF, art. 107, I), estando, desse modo, enquadrado no âmbito do art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, da Constituição. 10. Objeção à investidura como ministro do Superior Tribunal de Justiça improcedente. 11. Incabível, também, a aplicação por analogia, à espécie, dos arts. 93, III, e 111, § 1º, I, da Constituição. 12. Mandado de segurança indeferido.

Na referida ocasião, esta Corte se distanciou do núcleo do entendimento consubstanciado na ADI 813, tendo feito desaparecer qualquer distinção entre magistrado de carreira e magistrado oriundo do quinto constitucional para os fins de ingresso no STJ na terça parte destinada aos magistrados. Cumpre, entretanto, destacar que o referido *writ* tinha como pleito a anulação de indicação de um magistrado específico que já havia sido indicado pelo presidente da República para o e. STJ. *In casu*, busca-se apenas uma interpretação conforme à Constituição da regra legal que versa sobre a composição do e. STJ em sede abstrata, por isso que os contextos são distintos.

Ao regulamentar o texto constitucional, a Lei 7.746 optou por uma interpretação equivocada do art. 104 da Carta de 1988 que cuida da composição do Superior Tribunal de Justiça. A lei impugnada desvirtua, no nosso entender, o *telos* da Constituição, tornando letra morta o que foi o espírito do Constituinte, que teve o intento de consagrar a composição plúrima da Corte, permitindo a divisão da composição entre magistrados, advogados e membros do Ministério Público, todos com experiência na sua profissão de origem. Caso contrário, impõe-se a indagação: qual seria a razão da divisão dos cargos a serem providos no STJ pela origem dos seus ocupantes se não fosse a de aproveitar a experiência obtida na carreira de origem?

A análise detida da regra do quinto constitucional permite aferir que a tese da requerente é lógica e coerente e merece ser acolhida parcialmente. Para ilustrar o caso, imagine-se o exemplo de um profissional com três anos de efetivo exercício na advocacia e que tenha sido aprovado em um concurso público para a o cargo de juiz de direito. Após longos anos de trabalho, o aludido agente se aposenta como juiz de direito. Ainda que ele se inscreva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, o mencionado juiz aposentado, agora advogado, não poderá, antes de possuir dez anos de exercício, candidatar-se a uma vaga do "quinto constitucional". O art. 94 da Constituição da República exige que o candidato tenha dez anos de atividade profissional na advocacia. Houve, destarte, uma opção constitucional pela reserva de vagas que considerou a origem e experiência profissional do candidato. O juiz do caso apontado tornou-se advogado, mas, ainda assim, ficou alijado da candidatura. Parece-nos estreme de dúvidas que a Constituição de 1988 não pretendeu estabelecer dois pesos e duas medidas. Se o advogado ou membro do Ministério Público candidato ao quinto constitucional necessita comprovar dez anos na respectiva atividade profissional, o que fundamentaria a possibilidade de um magistrado oriundo da advocacia se candidatar, sem qualquer restrição temporal, nas vagas destinadas aos magistrados?

A redação do parágrafo único do art. 104 da Constituição brasileira nos faz intuir que se refira a magistrados de carreira ou que já tenham exercido sua profissão por um tempo razoável como juízes. Aliás, sobre o papel de conclusões intuitivas no direito, John Rawls destaca que "uma sociedade democrática relativamente estável contém normalmente, pelo menos de modo implícito, certas ideias intuitivas fundamentais, e é possível, a partir delas, formular uma concepção política da justiça adaptada a um regime constitucional".[3]

A lei impugnada deve, assim, receber uma interpretação que se adéque a sua *ratio essendi*, e isso pode ser extraído diante da sua leitura compromissada em cotejo com o texto maior. E, segundo as valiosas lições de Hans Kelsen, em seu clássico *Teoria pura do direito*, *verbis:*

> a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: **a norma do escalão superior** regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já desta apenas se trata; ela **determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar**.[4]

Na atividade hermenêutica, a Constituição não pode ser lida em tiras. Suas regras fazem parte de um sistema, integram um todo maior. Segundo, inclusive, o método hermenêutico integrativo ou científico-espiritual de Rudolf Smend, a Constituição deve ser compreendida a partir de uma visão de conjunto, através de uma leitura que considere a conexão do texto constitucional com a realidade, e que leve em conta a unidade de sentido que o texto supremo deve ostentar. Nesse mesmo contexto, ainda que se adote uma visão interpretativista pura, segundo a qual, no dizer de Jane Reis, a hermenêutica constitucional "deve ater-se aos limites das prescrições normativas, cabendo ao intérprete encontrar o significado da Constituição dentro da moldura (*the four corners*) do documento"[5], mesmo assim é possível chegar à conclusão de que membros oriundos do quinto da magistratura não poderiam, no curto prazo de atuação na novel carreira, se candidatar aos cargos do e. STJ destinados aos magistrados.

Sobre o tema da interpretação constitucional, são, também, valiosas as lições de Inocêncio Mártires Coelho, *verbis*:

> em palavras do próprio Häberle, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese.[6]

Na percuciente análise de Uadi Lammêgo Bulos, o ordenamento constitucional deve ser "compreendido nos seus significados mais profundos, nas suas nuances, com uma visão de conjunto, quando a necessidade assim o exigir"[7]. Há de se levar também em conta o princípio da unidade da Constituição. É que o direito constitucional deve ser digerido evitando-se contradições entre suas

normas. Na doutrina de Gilmar Mendes, Paulo Gonet e Inocêncio Mártires, o referido princípio é entrevisto da seguinte maneira:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependente.[8]

O Poder Judiciário não pode ficar inerte diante da necessidade de interpretação e aplicação da Constituição, especialmente quando suas normas puderem dar margem a mais de um resultado eficaz. De acordo com Meirelles Teixeira, "o Poder Judiciário, através dos juízes e os tribunais, e, em última instância, do Supremo Tribunal Federal, o intérprete máximo da Constituição, o 'oráculo da Constituição'".[9] E, nesse cenário, o caráter mais aberto do texto constitucional traz maiores exigências quanto à atividade do intérprete, que não pode se limitar ao que literalmente encontra nos preceitos constitucionais.

A leitura do parágrafo único do art. 104 da Constituição não pode gerar a conclusão de que qualquer juiz ou desembargador, independente de sua origem e de uma razoável vivência no ofício de magistrado, poderá concorrer ao e. STJ nas vagas destinadas à magistratura. Isso seria uma interpretação capaz de desvirtuar o propósito da regra, que não pode ser entrevista de forma dissociada das demais previsões constitucionais sobre o tema. Na visão arguta de Meirelles Teixeira:

> **se as palavras da Constituição, assim tomadas, forem vazias de sentido, ou conduzirem a uma conclusão absurda, ou forem contraditórias com outras partes da Constituição, então não se pode presumir que a sua primeira aparência expresse a sua real intenção**. **Nesses casos, os tribunais devem empregar os processos de interpretação (*construction*) para chegarem à real intenção, tomando as palavras em significado tal, que lhes dê um sentido definido e sensível, que as reconcilie com o resto do instrumento**. E este sentido deve ser determinado comparando-se aquela cláusula particular com as outras partes da Constituição; considerando-se os vários sentidos, vernaculares ou técnicos, que os vocábulos possam assumir; estudando-se os fatos da história contemporânea, as finalidades a serem atingidas, os benefícios a serem assegurados, ou o mal a ser remediado pela disposição em causa. (...) **No caso de ambiguidade, a Constituição deve ser examinada em seu todo, a fim de se determinar o sentido de qualquer das suas partes**. E a interpretação deve ser tal, que dê efeito a todo o instrumento, e não de modo a suscitar qualquer conflito entre as suas partes. De fato, se a Constituição reflete direta e imediatamente a vontade da Nação, não se pode admitir seja esta vontade contraditória consigo mesma. As várias partes, os vários dispositivos da Constituição, devem ser harmonizados, e uma interpretação que conduza a esta harmonia deve, evidentemente, ser preferida a outra, que suscite conflito, contradição, incoerência entre as suas partes.[10] [Grifei.]

Também no direito comparado há uma preocupação de que alguns cargos de tribunais superiores da estrutura do Poder Judiciário sejam providos por magistrados com uma vivência razoável na magistratura. Na Alemanha, por exemplo, consoante noticia Jörn Ipsen, invocando o § 1º do art. 94 da Carta Fundamental alemã, o Tribunal Constitucional alemão é integrado por magistrados federais e por outros profissionais do direito (*Das Bundesverfassungsgericht besteht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern*).[11] Por seu turno, a lei que disciplina o Tribunal Constitucional alemão, conhecida como *Gesetz über das Bundesverfassugnsgericht* (BVerfGG), detalha o procedimento de escolha dos magistrados para a referida Corte. A Corte alemã é dividida em dois senados e cada um conta com oito magistrados. No item 3 de seu § 2º, a citada lei alemã prevê que, em cada senado, haverá três magistrados escolhidos dentre magistrados de tribunais superiores que contem com, no mínimo, três anos de experiência como juízes nas aludidas Cortes.[12] Há, portanto, uma preocupação com o tempo de exercício como juiz de tribunal superior, a fim de se evitar uma distorção na distribuição dos cargos do Tribunal Constitucional alemão em razão da origem. A referida inquietude também existe, diga-se de passagem, na Constituição da República portuguesa. É que seis dentre os treze juízes do Tribunal Constitucional português deverão ser escolhidos dentre magistrados de carreira (art. 222 da Constituição portuguesa).

A origem do profissional, se de carreira ou do quinto constitucional, é algo que tem sido considerado de extremo relevo ao longo da história no Brasil. As diversas Cartas brasileiras voltaram sua atenção para a origem do indicado, conforme abaixo colacionado:

> **Constituição de 1934**
>
> Art 74. Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, **salvo os magistrados**, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.
>
> (...)
>
> Art 80. Os Juízes federais serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, **dispensado este limite aos que forem magistrados**. [Grifei.]

Devo anotar que o texto da Carta de 1934 acima transcrito diferencia a situação jurídica dos indicados para a Corte Suprema em razão da sua atuação na magistratura. Se o indicado fosse magistrado, a ele não se aplicariam os limites de idade de 35 anos e 65 anos de idade. Tal previsão reforça que, do ponto de vista histórico, sempre existiu um tratamento que voltava sua atenção para a atuação profissional do magistrado. Senão vejamos:

> **Constituição de 1946**
>
> Art 103. O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital federal compor-se-á de nove Juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, **sendo dois terços entre magistrados**

e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99.

Constituição de 1967

Art 116. O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de treze Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, **sendo oito entre magistrados** e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do art. 113, § 1º.

Emenda Constitucional 1 de 1969

Art. 121. O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de vinte e sete Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, **sendo quinze dentre juízes federais**, indicados em lista tríplice pelo próprio Tribunal; quatro dentre membros do Ministério Público Federal; quatro dentre advogados que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do art. 118; e quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estado, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1980)

Constituição de 1988

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II – **os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira**, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Mais recentemente, a redação do art. 111-A da Constituição trouxe clareza cristalina quanto ao procedimento para o provimento de cargos do Tribunal Superior do Trabalho, destacando, expressamente, que, dentre as vagas destinadas aos magistrados, a escolha deverá ser feita dentre os oriundos da magistratura de carreira. A despeito da ausência de uma previsão expressa no mesmo sentido em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a mesma lógica deve ser adotada, sob pena de chegamos à conclusão de que a Constituição foi incoerente e pretendeu criar regras distintas para situações idênticas.

Trilhando o mesmo caminho em reforço à tese que aqui se propugna, o art. 4º da Emenda Constitucional 45/2004 previu expressamente que:

> Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e **classe de origem**. [Grifei.]

Dessa forma, a despeito de o juiz do tribunal de alçada ser juiz, ele, em razão da extinção do órgão, apenas poderá ocupar a cota do quinto do respectivo tribunal de justiça. A origem também foi, portanto, considerada um fator determinante pela Emenda 45.

Em uma interpretação sistemática, ainda deve ser considerado o teor do art. 27, § 3º, do ADCT, que realça, para os fins da composição do STJ, a origem de onde provieram os ministros do extinto Tribunal Federal de Recursos; *verbis*:

> Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.
>
> § 3º Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos **serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação**. [Grifei.]

Egrégio Plenário, uma análise conjunta dos dispositivos constitucionais concernentes ao provimento de cargos no âmbito do e. STJ nos conduz à conclusão de que, no Brasil, o parâmetro de experiência a ser exigido na magistratura para os fins de candidatura ao STJ deve ser de dez anos. É esta a exigência feita de advogados e de membros do Ministério Público quando eles pretendem se candidatar às vagas destinadas a esta classe no STJ.

Ingeborg Maus remete-nos a uma passagem de *Friedrich Müller* em que o referido jurista chama atenção para o dever de se ir além da interpretação estritamente gramatical. Segundo *Müller*; *verbis*:

> O enunciado, que, na minha concepção, em determinados casos, fixa e delimita a margem não das variantes de concretização possíveis, mas admissíveis, não é unicamente o texto normativo "gramaticalmente interpretado", mas o texto normativo concretizado em associação com todo o programa normativo (restante) e com os dados do âmbito normativo [!], ou seja, com todos os elementos decisórios (restantes). Para mim, "concretização" não significa "interpretação", mas: decisão com a ajuda de dados linguísticos e de dados reais.[13]

A visão axiológica do ordenamento jurídico brasileiro revela quão ilógico ressoaria, que um desembargador oriundo do quinto da advocacia com, por exemplo, dois ou três anos de atuação na magistratura já pudesse se candidatar a uma vaga destinada à classe dos magistrados no STJ, uma vez que um juiz que se torne advogado ou membro do Ministério Público precisará atuar por, pelo menos, dez anos nas referidas corporações para poder se candidatar ao STJ nas vagas destinadas à referida classe. Não podemos concluir que a Constituição pretendeu instituir um sistema de dois pesos e duas medidas, dando um tratamento preferencial a advogados e membros do Ministério Público em detrimento de magistrados de carreira no acesso ao e. STJ. O tratamento merece ser semelhante. Se de uns se exige a experiência por dez anos no seu ofício, dos outros o requisito também deveria estar presente. Qualquer conclusão acerca do texto contido no art. 104 da Constituição de 1988 em sentido contrário não seria razoável. Uma interpretação não pode ser literal quando ela, no dizer de Christopher Wolfe, gera um significado absurdo, um desvio do seu sentido habitual.[14] Para o referido mestre, "*dada la imperfección del lenguaje humano, los jueces pueden necesitar otro tipo de guía además de la proporcionada sólo por las palabras*."[15]

Pedindo vênia para fazer uso de uma expressão coloquial, cargo de desembargador não pode servir de "salto" para advogados e membros do Ministério

Público que pretendem alcançar o e. Superior Tribunal de Justiça. Cumpre à Suprema Corte obstaculizar manobras capazes de permitir que um magistrado oriundo do quinto constitucional logre, com parca experiência no ofício da magistratura, candidatar-se ao Superior Tribunal de Justiça nas vagas destinadas aos que viveram esse ofício ao longo de uma vida. Esta é a real intenção do texto constitucional. Não se está a defender que o e. Superior Tribunal de Justiça seja uma instância final das carreiras dos juízes. Longe disso. O cargo de ministro do STJ é cargo isolado. Uma interpretação sistemática, que considere o princípio da unidade da Constituição, e que seja capaz de extrair um sentido de coerência do texto constitucional, torna plasmada a intenção do constituinte originário de destinar uma parte dos cargos vagos a magistrados de carreira ou que, oriundos do quinto, tenham ao menos dez anos no referido ofício.

Last but not least, lembro que, em artigo sobre o tema, o magistrado federal Vladimir Passos de Freitas alertou para o problema do provimento por magistrados oriundos do quinto nas vagas dirigidas para magistrados, na seguinte passagem:

> Desembargadores originários do quinto constitucional, por vezes com pouco tempo de atuação como magistrado, passaram a compor listas tríplices e a ascender ao STJ. E com mais facilidade que os oriundos da carreira. Habituados ao embate político, com os contatos feitos para chegar ao TJ ou TRF ainda vivos, é, para eles, mais fácil percorrer os caminhos do imprescindível apoio político.
>
> Já aos desembargadores de carreira, depois de exercerem a magistratura por 20 ou mais anos, falta habilidade, relacionamento, "faro político". E ainda bem que é assim, porque este é o pressuposto de uma carreira séria, de uma magistratura isenta, imparcial. Ao contrário, se estivessem irmanados com membros do Legislativo e do Executivo, distribuindo favores e afagos, aí as coisas certamente estariam indo muito mal.
>
> Pois bem, fácil é ver que magistrados de carreira, nas disputas pelo STJ, entram em desvantagem. E não logram sucesso, tanto que, das 22 vagas que a Constituição lhes garante, 7 são providas por membros que ingressaram no Judiciário (TJs ou TRFs) pelo quinto constitucional. Nada, absolutamente nada, se tem contra os 7, alguns deles de brilho e dedicação inegáveis. A questão é outra, é institucional. (...)
>
> Pois bem, distantes cada vez mais da cúpula do Judiciário, ressentem-se os que fizeram da magistratura sua opção de vida, da identificação com os que se acham na cúpula e do reconhecimento que a classe merece. Isto leva a um silencioso descontentamento, com reflexos diretos e negativos nas atividades profissionais. Foi isto que, num desabafo legítimo e corajoso, a Ministra Eliana Calmon exteriorizou. É isto que as associações de classe, das grandes às menores, deveriam ter como uma das principais bandeiras e expor publicamente na abertura de vagas. É isto que se espera daqueles que se preocupam com o Poder Judiciário.[16]

Em arremate, e lembrando os ensinamentos de Gadamer em torno do círculo hermenêutico, a única resposta despida de "pré-conceitos" e de "pré-juízos" oferecida pelo art. 104 da Constituição às perguntas feitas por qualquer intérprete é a de que apenas magistrados de carreira e magistrados oriundos do quinto constitucional, estes últimos com mais de dez anos na magistratura, poderiam se candidatar às vagas destinadas a magistrados no e. STJ.

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta **para interpretar** o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 7.746/1989 **conforme à Constituição da República, a fim de que a nomeação para um terço dos cargos vagos do Superior Tribunal de Justiça dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e desembargadores dos Tribunais de Justiça só possam recair sobre magistrados de carreira e magistrados oriundos do quinto constitucional, estes últimos com mais de dez anos de exercício na magistratura**. Propugno, ainda, pela modulação dos efeitos da presente decisão de sorte a preservar os efeitos dos atos já praticados.

[1] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2011. p. 71 e 72.

[2] Nessa oportunidade, o STF voltou a afirmar que "não se admite o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário." Cf. ADI 4.097-AgR/DF, rel. min. Cezar Peluso, j. 8-10-2008.

[3] RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 338.

[4] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 364.

[5] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

[7] *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135-136.

[9] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1991. p. 272.

[10] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense: 1991. p. 275-276.

[11] IPSEN, Jörn. *Staatsrecht I*. Berlin: Luchterhand, 1997. p. 243.

[12] 3) *Drei Richter jedes Senats werden aus der Zahl der Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes gewählt. Gewählt werden sollen nur Richter, die wenigstens drei Jahre an einem obersten Gerichtshof des Bundes tätig gewesen sind.*

[13] MÜLLER, Friedrich. *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie.* p. 281.

[14] WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional.* Madrid: Civitas, 1991. p. 35.

[15] WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 67.

[16] FREITAS, Vladimir Passos de. Disponível em: http://www.amma.com.br/artigos~2,2005,,, eliana-calmon-desabafou-sobre-juizes-de-carreira. Acesso em 13-4-2011.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, cabe aqui uma palavra sobre o aspecto interdisciplinar que essa questão encerra.

O quinto constitucional, hoje, é um instituto consagrado em todos os tribunais. É extremamente saudável, traz ideias arejadas de carreiras que não são *ab origem* da magistratura, como o Ministério Público e a advocacia num sentido *lato*. Sucede que a provocação do Supremo Tribunal Federal tem como fonte imediata fatos heterodoxos, que têm ocorrido na composição dos tribunais.

Assim é que, por exemplo, com um ano de ingresso direto no quinto constitucional, um membro da magistratura, desse quinto constitucional, pode concorrer imediatamente ao Superior Tribunal de Justiça, vencendo – digamos assim – todas as agruras que teve de passar pela carreira um desembargador com vinte e cinco anos de carreira. Então, o membro do quinto constitucional com um ano de carreira pode perfeitamente concorrer como se fosse magistrado de carreira e superar aquele que percorrera, mais ou menos, dois decênios na magistratura.

Isso é só uma observação preliminar; eu ainda vou passar ao voto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Fux, Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte, com todo o respeito? Os advogados passam também por agruras semelhantes àqueles que ingressaram nas carreiras; quer dizer, quem ingressa pelo quinto constitucional tem pelo menos dez anos de prática forense, ou mais. Passa por agruras, por dificuldades que todos conhecemos, com militância no interior, muitas vezes sem acesso a transporte, comunicações, hospedagem e alimentação adequada. Portanto, é uma vida tão atribulada quanto a vida dos magistrados.

Perdoe-me, ministro.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Lewandowski, sou filho de um velho advogado, imigrante romeno, que sofreu todas as dificuldades para se diplomar aos quarenta anos de idade e, depois, exercer a advocacia. Conheço todas as agruras. Comecei a trabalhar com quatorze anos no fórum da capital do Rio de Janeiro, fui "boy" de escritório, conheço tudo que se passa na vida de um advogado. A proposta de voto, que vou aqui veicular, modestamente, tenho a impressão de que conspira em favor daquilo que Vossa Excelência afirmou: os advogados têm experiência necessária para integrar os tribunais. E por que digo isso? Porque esse artigo da lei, na realidade, está a merecer uma interpretação conforme a Constituição. Quando se afirma que a interpretação é conforme a Constituição, a interpretação não é conforme um artigo da Constituição, a interpretação é conforme a Constituição na sua unidade, na sua ideologia, como ela estabelece as garantias da magistratura e os meios de acesso aos tribunais.

Então, eu gostaria de fazer essas observações, e Vossa Excelência vai verificar que o que proponho está exatamente de acordo com o que Vossa Excelência aqui afirmou sobre a experiência dos advogados.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, começo por louvar o voto do ministro relator, mesmo me lembrando do que afirma o ministro Marco Aurélio, segundo o qual quando se começa elogiando, vem, depois, um "mas", que é exatamente o que aqui ocorre. Mas não posso deixar de reparar no trabalho consistente e pormenorizado do ministro relator, do qual peço vênia para divergir.

Em primeiro lugar, não sei se seria o caso de conhecimento, mas vou tomar a repetição como um dos fundamentos pelos quais voto no sentido da improcedência

da ação. Na verdade, como foi anotado, aqui, o que se tem no art. 1º é repetição, que só não é literal porque no *caput* da norma impugnada não se repete o que se tem no *caput* do art. 104 da Constituição, mas não é ela que está em foco, porque no *caput* do art. 104 da Constituição se tem que "O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três ministros", enquanto a norma do art. 1º afirma, peremptoriamente, que "O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de trinta e três ministros".

Contudo, essa não é a questão cuidada na ação. O inciso I do art. 1º da lei questionada, Lei 7.646, repete rigorosamente, textualmente, o que se contém no inciso I do parágrafo único do art. 104 da Constituição, razão pela qual, se há uma pluralidade de sentidos que se poderia atribuir a essa norma, evidentemente isso não a faz inconstitucional, nem se poderia ter que alguma das que tenha sido adotada pela prática até aqui, possa ser considerada inconstitucional.

E essa norma de repetição, a meu ver, não contém inconstitucionalidade pela singela razão de que, como norma constitucional, fixa-se uma regra a ser cumprida em seus rigorosos termos. E é o que se contém na regra legal questionada. Norma de repetição que é, não veria como se dar interpretação ou, de alguma forma, considerar inconstitucional a própria norma legal e não a norma constitucional.

Em segundo lugar, adoto como fundamento para divergir, com as vênias do eminente relator, a circunstância de que se alega que teria alguma desigualdade ou ausência de razão de ser da norma. Mas a sua razão de ser está na própria norma constitucional, que ela apenas repete. E a ausência de proporcionalidade também não pode ser anotada pela circunstância de o número de ministros do Superior Tribunal de Justiça ser advindo de desembargadores ou de juízes dos tribunais regionais federais egressos da carreira da advocacia, porque a escolha da lista é feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, no quadro de juízes ou desembargadores, o Superior Tribunal pode, ao elaborar a sua lista, preferir, por ser discrição, juízes egressos da magistratura. Mas essa prática não tem absolutamente nada a ver, na minha forma de compreender a norma em foco, com qualquer inconstitucionalidade que pudesse tisnar ou macular essa norma. O que se tem, ali, é a exigência posta na Constituição de ser escolhido um terço dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça dentre juízes dos tribunais regionais federais e um terço dentre desembargadores dos tribunais de justiça, e a indicação da lista tríplice ser feita entre eles.

Por outro lado – como foi posto pela doutora Grace, da Advocacia-Geral da União –, afirmar que aqueles que viessem da advocacia para o tribunal regional federal, para o tribunal de justiça, por serem egressos da carreira da advocacia, teriam de ter tratamento diferenciado criaria desembargadores e juízes de duas categorias. Quer dizer, a pessoa não é mais advogado, é juiz, mas não tem os mesmos direitos dos outros juízes ou desembargadores. Aí, sim, a meu ver, estaria criada uma desonomia, que não tem base não apenas no art. 104, mas, a meu ver, ministro Fux, aí, sim, estaria em desacordo com os princípios fundamentais da Constituição da República, um dos quais, o mais repetido, é exatamente a igualdade daqueles que estejam em igualdade de condições. Ora, quem foi empossado

na condição de desembargador e juiz de um tribunal regional federal é juiz. A meu ver, o que leio e imagino seja a leitura a ser feita da norma, repetindo a Constituição, como eu disse, é que o Superior Tribunal de Justiça é composto de um terço dentre juízes dos tribunais regionais federais e um terço dentre desembargadores dos tribunais de justiça. A pergunta que teria que ser feita é: Aquele que integra a lista tríplice elaborada era juiz do tribunal regional federal? Quem assim se empossou, sim. Quem se empossou na condição de desembargador de tribunal de justiça, sim. Então, por que eu tenho que olhar ainda a "vida pregressa"? Quer dizer, antes disso, qual era a condição dele para estabelecer condição que a Constituição não estabeleceu e criar embaraços para que ele possa ser alçado à condição de integrante de uma lista tríplice e, portanto, integrante do próprio Superior Tribunal de Justiça? Como eu disse, vou usar uma expressão que Vossa Excelência usou no voto, haveria quase uma manobra – ou pelo menos na aceitação do dr. Vladimir – feita pelos egressos da carreira da advocacia para que mais facilmente integrassem a lista. Mas essa é uma questão de prática, isso não é questão de aplicação da norma. Se os advogados, se aqueles que um dia foram advogados e agora são desembargadores, passaram a integrar a lista porque se apresentaram de uma maneira mais convincente, isso é questão só de prática, e nada tem a ver, portanto, penso, com o que a norma estabelece.

Portanto, não vislumbro qualquer motivação suficiente para que se acolha, ainda que parcialmente, a pretensão dos autores desta ação no sentido de fazer com que houvesse uma única interpretação, ainda que limitada, como exposto brilhantemente por Vossa Excelência em seu voto. Mas voto no sentido da improcedência da ação.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu vou pedir vênia também ao eminente relator e acompanhar a divergência.

Eu também entendo que o art. 1º, inciso I, da Lei 7.746, de 1989, basicamente repete o que está previsto no art. 104, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, e aí não há nenhuma margem de interpretação possível. O texto é de uma clareza meridiana quando estabelece que o Superior Tribunal de Justiça compõe-se de 33 ministros, sendo que, destes 33 ministros, um terço dentre juízes dos tribunais regionais federais e um terço dentre desembargadores dos tribunais de justiça, sem qualquer tipo de restrição ou limitação.

Há um princípio hermenêutico básico, importante, que é, onde o legislador não distingue, não pode o intérprete distinguir. E quando o constituinte quis distinguir, ele o fez claramente, como ocorre, por exemplo, no art. 111-A da nossa Carta Magna, acrescido pela Emenda Constitucional 45, inciso II, quando trata da composição do Tribunal Superior do Trabalho, que é integrado por 27, sendo um quinto dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade. E aí vem o inciso II, que diz o seguinte: os demais dentre juízes dos tribunais regionais do

trabalho, oriundos da magistratura da carreira. Portanto, o constituinte derivado quis fazer essa distinção, por razões que não interessam neste momento.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência permite: em reforço à tese de Vossa Excelência, *data venia* do brilhante voto do relator, eu enxergo, na redação do art. 111 da Constituição originária, a propósito da formação do TST, que essa referência a juízes de carreira se justificava porque lá havia juízes classistas, originariamente. Então, havia uma razão lógica para fazer a distinção entre juízes de carreira e juízes classistas, segundo o art. 111 da redação originária da Constituição. Então, me parece, na linha do que Vossa Excelência está dizendo, que esse artigo não serve de paradigma para o art. 104 da Constituição, porque as razões, as motivações, são outras.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Perfeitamente. Esse argumento realmente reforça o meu entendimento; agradeço a intervenção de Vossa Excelência. De qualquer maneira, o que eu quero estabelecer, frisar, é exatamente isto: quando o constituinte quis fazer a distinção, ele o fez de forma expressa.

Um argumento que foi levantado da Tribuna, com o qual eu concordo plenamente, é que quando um advogado ou membro do Ministério Público ingressa na carreira da magistratura pelo quinto constitucional, ele se transforma em magistrado, com todos os direitos, deveres e restrições. Portanto, penso não ser possível, por intermédio de uma interpretação constitucional, estabelecer qualquer restrição entre os magistrados, tendo em conta a sua origem. O que se pretende criar, com a devida vênia – e isso foi também levantado pela doutora Grace, representante da Advocacia-Geral da União –, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, uma limitação, uma restrição, aos magistrados oriundos do quinto, que não foi prevista pelos constituintes.

Portanto, peço vênia ao eminente ministro Luiz Fux, louvando o cuidado com que lavrou o seu voto, para julgar improcedente a ação, acompanhando a divergência.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também peço vênia ao eminente ministro Luiz Fux para divergir da douta opinião de Sua Excelência, que fez um belo voto, fundamentado, consistente, sem dúvida, mas acompanho a divergência.

Quando a Constituição faz as exigências ou as condições de investidura no cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, ela me parece, também, muito clara, dispondo:

> Art. 104. (...)
> Parágrafo único. (...)
> I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça (...).

Então, qual é a condição? Ser desembargador. Só. E a qualificação de desembargador se afirma no momento do recrutamento ou do preenchimento no momento da formação da lista; no momento da formação da lista, é preciso saber quem é desembargador dos tribunais de justiça e juízes dos tribunais regionais federais. Pronto. A condição é essa.

E evidente que o advogado que já compõe um tribunal regional federal ou que já componha um tribunal de justiça, ele não é mais advogado, ele trocou a beca pela toga, e não pode, evidentemente, não há ombros que suportem, colocar ao mesmo tempo a beca e a toga; ou ele usa a beca, ou usa a toga. Aliás, isso me parece também a propósito, e é oportuno lembrar, como a Constituição Federal cuida da forma de provimento de cargo de ministro do STM, do Superior Tribunal Militar, e o faz da seguinte maneira:

> 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Ora, os militares, uma vez investidos no cargo de ministros do STM, não são mais militares, eles trocam a farda pela toga; eles trocam as estrelas pela balança, quer dizer, não há mais como mesclar as figuras, não há mais general, há ministro do Superior Tribunal Militar. O corte desse cordão umbilical é cerce, é rente, não fica absolutamente nada, nenhuma memória, depois da investidura, do cargo anteriormente ocupado. A ruptura, aí, funcional, é do tipo radical, não admite contemplação, não admite transigência.

É o que se dá com o advogado. O advogado guindado à condição de membro de um tribunal deixa de ser advogado, passa a ser um magistrado. Perde-se, na memória do tempo, a sua anterior qualificação. Qualificação, repito, que se configura juridicamente no momento em que se dá a vaga de ministro – no nosso caso, aqui, julgado – do Superior Tribunal de Justiça.

Quem é desembargador? Pronto. Quem é juiz de tribunal regional federal? Pronto. O pressuposto constitucional está plenamente preenchido.

Com essas ligeiras palavras...

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ministro, Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Ayres Britto: Pois não.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu lembraria, a partir da ênfase que Vossa Excelência põe nessa ruptura, que, a não ser assim, mesmo com as atenuantes, a interpretação apresentada pelo ministro Fux, aquele que está, por exemplo, recém-entrado no tribunal, nem pode mais entrar na listra sêxtupla da OAB, porque ele não é mais advogado. E nem pode entrar na de cá, porque não teria a condição que a interpretação teria atenuado.

De toda sorte, estaríamos acanhando um direito que a Constituição não acanhou.

O sr. ministro Ayres Britto: É. Dificultando o acesso – me parece, também, *data venia* – criando norma nova, um requisito novo, de acesso ao STJ, não previsto na Constituição. Embora reconheça que o ministro Luiz Fux partiu de – como sempre – excelente inspiração, porque, no plano dos fatos, tem havido disfunções sérias, desequilibrando a composição – lá mesmo – do Superior Tribunal de Justiça.

No plano dos fatos, não tenho dúvida em abonar o pensamento de Sua Excelência, o ministro Luiz Fux, porém, à luz do direito, em busca de um equacionamento rigorosamente jurídico para a causa, peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pela ministra Cármen Lúcia.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, eu também vou pedir vênia para acompanhar a divergência, inaugurada pela ministra Cármen Lúcia, a despeito dos excelentes fundamentos aqui expendidos pelo ministro Luiz Fux.

Acredito que, *de constitutione ferenda*, poder-se-ia discutir essa matéria, como já foi feito no caso da emenda constitucional que, ao superar a situação dos classistas, incorporou, explicitou essa reserva à magistratura de carreira, mudando, inclusive, a regra anterior. E acredito que houve – não estou bem certo, agora, a memória não me permite confirmar – na Reforma do Judiciário, alterada no Senado, a parte que voltou à Câmara – salvo engano –, também uma proposta ou adoção do entendimento nesse sentido, sufragando uma pretensão que a carreira da magistratura reivindica, tendo em vista situações que, de quando em vez, se colocam e que são tidas como abusivas.

Todavia, também é preciso notar que essas questões, apontadas como abusivas, a indicação de desembargador para o STJ que, eventualmente, não dispunha do tempo adequado de magistratura – e o tempo é fator importante na magistratura, nós sabemos todos, um tempo inclusive de distinção quanto às posições na carreira que têm todo um significado –, essas distorções apenas sugerem talvez um déficit organizacional que pode ser corrigido até por mudanças de norma procedimental regimental.

A própria seleção adequada no âmbito do STJ, vejamos apenas à guisa de exemplo, presidente. Falou-se da possibilidade de desembargador ser escolhido para o STJ com apenas um pouco mais de um ano ou dois anos no tribunal de origem, quer dizer, vindo da carreira da advocacia ou do Ministério Público. A despeito disso se verificar, nisso está implícito, embutido, flagrante abuso, porque, a rigor, a Corte que escolhe nem teve como verificar a qualidade das decisões desse magistrado, obviamente. Porque, claro, sabemos todos, por experiência própria, que sequer os acórdãos desse desembargador se tornaram conhecidos no âmbito da Corte. Todos nós sabemos avaliar.

Lembro-me que, por exemplo, trabalhando na Procuradoria-Geral da República, dando pareceres em processos que subiam para o Supremo Tribunal Federal, na minha época, nós, após algum tempo, sabíamos aquilatar a qualidade dos acórdãos lavrados por determinados desembargadores. Quer dizer, quando se coloca realmente esse tipo de situação, é porque está havendo uma distorção que pode ser corrigida, a partir de normas adequadas de organização e procedimento que, claro, não precisaria de, necessariamente, trazer um elemento temporal, mas obviamente estaria ínsito também certo elemento de temporalidade. Por quê? Porque, para conhecer os acórdãos, para aferir a qualidade de determinados trabalhos feitos pelo próprio magistrado, precisaria, a Corte que aprecia e que faz a cooptação, de fazer esse exame com algum cuidado.

De vez em quando, por exemplo, ouvimos algumas críticas feitas a determinados juízes de cortes superiores que foram cooptados por esse modelo de votação majoritária e de composição de lista. E a primeira perplexidade que ocorre quando isto é feito pelos colegas do tribunal é a seguinte: "Mas o Tribunal não teve a oportunidade de verificar a operosidade desse colega na instância *a quo*? Por que isso não se deu?" A rigor, esse dados estão aí.

Lembro-me de um professor, hoje eminente professor – salvo engano da Universidade de Frankfurt –, que dizia que devíamos ter muito cuidado tratando do tema da forma de escolha de juízes. Dizia que ele tinha feito um trabalho importante de doutorado, de livre docência, a propósito desse modelo de estruturação do judiciário, e ele dizia que de todos os modelos que conhecia, o pior era o da cooptação; o próprio tribunal fazendo a escolha. E, se não houver regras, claro, podemos transformar isso num convescote eleitoral, com todos os déficits que podem marcar.

Então, aqui, talvez esteja o problema: um déficit de organização e procedimento, o que sugere a necessidade realmente de que as cortes que tenham esse poder de cooptação exerçam-no segundo determinadas regras. De modo que, entendendo o substrato fático-jurídico subjacente à manifestação, ao voto do ministro Luiz Fux, eu peço-lhe vênia para divergir e acompanhar a manifestação da ministra Cármen Lúcia.

DEBATE

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, se Vossa Excelência me permite, estou tendo notícia de que há um texto, a PEC 358/2005, tramitando no Congresso Nacional, tendo em vista a alteração disso. Salvo engano, pelo menos o Conjur noticiou, que quem teria enviado essa sugestão foi o nosso eminente presidente Cezar Peluso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Lembro-me que havia uma PEC...

O sr. ministro Luiz Fux: Já havia, na segunda etapa da reforma do Judiciário.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. Na segunda etapa da reforma do Judiciário, salvo engano, da relatoria do senador José Jorge. Lembro-me que esse debate já estava posto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É matéria de *lege ferenda*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É um tema de *constitutione ferenda*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Significa que precisa mesmo de uma mudança constitucional.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Demonstra.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O que significa que não há inconstitucionalidade neste caso.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, comungo com o relator.

Saber se, no caso, há compatibilidade, ou não, da lei com a Constituição Federal, se a lei repete, ou não, a Constituição, se contraria, ou não, a Constituição, resolve-se no campo do mérito. Portanto, não cabe dizer, ante o que alegado na inicial, sobre a inadequação da ação.

A razão de ser desta ação, presidente, é a mobilidade política maior dos egressos do quinto, principalmente os da categoria profissional dos advogados. Chegam aos tribunais de justiça e, ganhando a roupagem de desembargador, a qualificação, acabam formando na clientela própria, chegando ao Superior Tribunal de Justiça. Esses egressos do quinto hão de ter atendido, na origem, aos dez anos de carreira quanto ao Ministério Público ou de efetiva advocacia.

Descabe, simplesmente, concluir que, além desses dez anos – requisito para chegar-se à cadeira de desembargador –, terão que cumprir outros dez, já então no ofício judicante. Não há essa exigência na lei ou na Constituição Federal. Não se poderia nem cogitar dessa exigência de forma setorizada, apenas no tocante àqueles que tenham preenchido vaga destinada ao quinto, porque, em tese, é possível haver um juiz de carreira – sei que não é o que normalmente ocorre, porque a carreira é afunilada – chegando ao tribunal com menos de dez anos, não completando sequer os dez anos no tribunal e formando na clientela para acesso ao Superior Tribunal de Justiça.

O que houve, presidente, em 1988 – e conta isso muito bem o ministro Luis José Guimarães Falcão, à época, vice-presidente do Tribunal Superior do Trabalho? A Carta de 1969 previa, no tocante ao Tribunal Superior do Trabalho, o acesso – tanto que nele cheguei dessa forma – de juízes togados. Então, de repente, apareceu, no painel do Congresso, uma proposta para substituir-se, como acabou sendo substituído em 1988, o gênero juiz togado por juiz de carreira. O ministro Falcão conta que, quando olhou para a proposta, disse: "Isso não vai passar". Mas, logo após, constatou a existência de votos necessários à

aprovação da emenda. O sistema, reconheço, ficou quebrado, porque existem tribunais superiores com disciplina diversificada da matéria. Enquanto aqueles egressos do quinto, que estão nos regionais do trabalho, não chegam ao Tribunal Superior do Trabalho, os da mesma origem, que estão nos tribunais de justiça, chegam ao Superior Tribunal de Justiça. Mas é a disciplina constitucional.

Caso fosse congressista e me defrontasse com emenda, caminharia no sentido de entender, como fiz em um precedente do Tribunal, quando tivemos que decidir a movimentação dos juízes do tribunal de alçada para as vagas do tribunal de justiça, que o cargo seria, nos tribunais de origem, isolado.

Há realmente a norma, que impressiona, do art. 27, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando versado o aproveitamento dos ministros do antigo Tribunal Federal de Recursos. Mas versou-se no campo transitório, no preenchimento originário das cadeiras no Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a observância da origem, ou seja, aqueles ministros do Tribunal Federal de Recursos preencheram vagas no Superior Tribunal de Justiça conforme a origem remota, anterior, portanto, à nomeação para o próprio Tribunal Federal de Recursos.

Há muitas mazelas no contexto, mas nem todas podem ser corrigidas no campo jurisdicional, já que nossa atuação é vinculada, principalmente ao que se contém na Carta da República, da qual somos os guardas maiores.

Por isso, reconhecendo que se chega a quadro de absoluta distorção, como o retratado, via citação de artigo, pelo relator, a revelar que, das vinte e duas cadeiras destinadas, no Superior Tribunal de Justiça, aos desembargadores, apenas cinco estariam preenchidas por ex-desembargadores da carreira – e creio que a maioria foi preenchida por egressos do quinto da advocacia –, reconhecendo que, realmente – e preciso caminhar para a unificação do sistema –, não tenho como, em um julgamento, a partir da Carta da República, assentar que se pode exigir daqueles que preencheram vagas nos tribunais de justiça destinadas ao quinto além dos dez anos para esse preenchimento, mais dez na judicatura para formarem na clientela e se mostrarem desembargadores passíveis de serem pinçados para o Superior Tribunal de Justiça.

Há, reconheço, uma responsabilidade muito grande no campo da equidade, própria ao Superior Tribunal de Justiça, porque a nomeação por Sua Excelência, o presidente da República, ocorre de forma balizada, tendo em conta lista por ele – Tribunal – confeccionada.

Peço vênia ao relator para, no caso, julgar improcedente o pedido. Digo que, no tocante à jurisdição cível especializada, já não chegaria, se estivesse ainda no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ao Tribunal Superior do Trabalho, não fosse a idade limite já alcançada. Talvez não estivesse nem mesmo no Supremo, a não ser que houvesse queima de etapas, presente mobilidade política maior.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: Senhor presidente, **quando do julgamento**, *em 1990*, **das ADIs** 27/PR **e** 29/RS, **pude salientar** *que a regra de participação* de advogados **e** membros do Ministério Público **na formação** dos corpos judiciários, **na condição** de magistrados togados, **surgiu**, *como todos o sabemos*, em nosso direito positivo, *em plena República Velha*, **no plano infraconstitucional**, mediante legislação ordinária editada **na década** de 1920.

A **denominada** "*Lei João Luiz Alves*" (**Decreto** 16.273/1923) **legitimou** o ingresso desses profissionais do direito **na magistratura togada** do Distrito Federal, **fazendo-o**, *no entanto*, **de modo distinto** daquele *que viria a prevalecer* a partir de 1934.

Com a Constituição de 1934, a participação dos representantes do Ministério Público **e** da classe dos advogados **na composição** dos Tribunais locais **alçou-se** a uma esfera normativa revestida *do mais elevado grau* de positividade jurídica. **Desde então**, *e sempre em nível constitucional*, essa regra, **ainda** que com alterações pontuais, *tem sido mantida* **e** *prestigiada* pelas sucessivas Constituições.

O fundamento jurídico *do quinto constitucional* **repousa**, *hoje*, **no art. 94** da Constituição **promulgada** em 1988 e que, *em regra inovadora*, **autorizou** *a coparticipação de órgãos de representação* das respectivas classes na própria formação da lista a ser enviada, *ao chefe do Poder Executivo*, pelos Tribunais (Tribunais Regionais Federais **ou** Tribunais de Justiça, *conforme o caso*).

A Assembleia Nacional Constituinte, **ao estabelecer** tal inovação, **viabilizando** a participação das entidades **e** órgãos de representação do Ministério Público e da classe dos advogados, *certamente teve em consideração* decisão **desta** Suprema Corte, **proferida** em 1970, **no julgamento** da Rp 813/BA, rel. min. THOMPSON FLORES, **ocasião** em que o Supremo Tribunal Federal, **tendo presente** *o princípio constitucional do autogoverno da Magistratura*, **declarou** a inconstitucionalidade da intervenção do Conselho Superior do Ministério Público **e** do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de composição das listas referentes ao "*quinto constitucional*".

Relembrou-se, *então*, nesse julgamento, **que a ingerência** de órgãos *estranhos* ao Poder Judiciário, em participação *sequer prevista* no texto da Lei Fundamental, **representaria** *grave comprometimento* da independência orgânica dos Tribunais, **na linha** – *registre-se* – **da advertência** feita por Pontes de Miranda ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969**", tomo IV/323, item n. 10, 2. ed./2ª tir., 1974, RT):

> *A lista há de ser feita pelo Tribunal de Justiça, em seu plenário. A lei não pode atribuir tal função a alguma parte dela, como o Conselho Superior, o Conselho de Justiça, ou aos Presidentes das câmaras, ou a qualquer outro corpo semelhante. Há de ser o Tribunal de Justiça, em sessão plena.*

Interessante observar, *neste ponto*, que o saudoso ministro ELOY DA ROCHA, **quando membro** da Assembleia Constituinte que elaborou **e** promulgou a Constituição da República de 1946, **ofereceu** emenda que, *se aprovada*, **teria** permitido, *de modo constitucionalmente legítimo*, no processo de composição da lista, **a coparticipação**, *tratando-se de vaga* reservada a advogado, do Conselho Seccional da OAB.

Eis as considerações que o eminente ministro ELOY DA ROCHA **fez** ao julgar, no Supremo Tribunal Federal, **a já referida** *Rp 813/BA*:

> ***Penso que seria*** *conveniente a intervenção parcial,* ***quer*** *do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados,* ***quer*** *de Conselho do Ministério Público,* ***na escolha*** *dos chamados juízes classistas dos Tribunais de Justiça.* ***Na Constituinte de 1946, ofereci emenda*** *para que se assegurasse essa interferência.* ***Pela emenda 2.720****, ao art. 116, I,* ***do Anteprojeto*** *de Constituição,* ***na lista tríplice****, a ser enviada ao Poder Executivo,* ***em se tratando de vaga de advogado****, o Tribunal de Justiça* ***incluiria****, no mínimo, um dentre cinco nomes escolhidos, em escrutínio secreto,* ***pelo Conselho Seccional*** *da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi* ***rejeitada*** *a emenda,* ***sob o fundamento*** *de que,* ***em se cogitando*** *de composição do Tribunal, a êste devia* ***caber a indicação****.* [Grifei.]

Como consequência *dessa necessária participação institucional*, **a disciplina jurídica** concernente ao "*quinto constitucional*" **rege-se** *pelo princípio da infungibilidade das vagas*, **de tal modo que** os lugares **reservados** a membros do Ministério Público **serão** preenchidos por membros (*em atividade*) do Ministério Público **e os reservados** a advogados, **providos** por advogados *militantes*.

Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, *já sob a égide* da Carta Política de 1969, **superando** *antiga interpretação* **a propósito** da regra do "*quinto constitucional*" (**RTJ** 66/631 – **RTJ** 67/630), **firmou** orientação, *agora consolidada* sob a vigente Constituição de 1988, de que "*Os juízes* ***que integrem****, pelo quinto, os Tribunais de Alçada,* ***somente concorrem*** *às vagas no Tribunal de Justiça* ***correspondentes*** *à classe dos magistrados*" (**RTJ 92/460**, rel. min. Leitão de Abreu – **Grifei**), "*sendo-lhes vedado*", **por isso mesmo**, "***o acesso*** *ao mesmo Tribunal para o preenchimento do quinto reservado aos membros do Ministério Público e advogados*" (**RE 100.554/RJ**, rel. min. Rafael Mayer – **Grifei**).

Embora desnecessário, **cabe enfatizar** *que os membros do Ministério Público* **e** *os advogados* que integram os tribunais, *pela regra do* "*quinto*", **perdem**, *a partir do instante mesmo* em que são investidos no cargo judiciário, **a sua anterior** situação funcional (a de membro do Ministério Público) **ou a preexistente** condição profissional (a de advogado), **cessando**, *em consequência*, **os vínculos corporativo-institucionais** que os uniam, *juridicamente*, *até então*, à categoria **que ensejou** o seu ingresso no Poder Judiciário.

Essa absoluta ausência de vinculação corporativa **afasta**, *por completo*, **a esdrúxula** figura *do juiz-advogado* **ou** *do juiz-membro do Ministério Público. Tal hibridismo corporativo-funcional* **revela-se insustentável** em face **do que**

dispõe a própria Constituição da República, **tal como** esta Corte **teve o ensejo** de salientar, *em 1990*, **no julgamento** *das já mencionadas* **ADIs** 27/PR **e** 29/RS:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASSENTO 04/1988****, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.* ***Contrariedade*** *à Lei Maior.* ***Ação acolhida****.*
>
> ***Magistratura****.* ***Acesso*** *ao Tribunal de Justiça.* ***Quinto constitucional****: advogados* ***e*** *membros do Ministério Público.* ***Componentes*** *do Tribunal de Alçada.* ***Promoção****.* ***Exegese*** *dos arts. 93, III, e 94 da Constituição Federal de 1988.*
>
> *–* ***Os integrantes*** *do Tribunal de Alçada,* ***como juízes que são****,* ***concorrem*** *às vagas destinadas, no Tribunal de Justiça, à promoção* ***de magistrados****.*
>
> *(...)*
>
> *–* ***Exegese que respeita*** *a proporcionalidade fixada na Constituição Federal* ***para a composição*** *dos Tribunais:* ***os juízes do quinto constitucional****, uma vez ingressados na magistratura,* ***são magistrados*** *exclusiva e integralmente* ***e não há porque considerá-los****, para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça,* ***como juízes híbridos****.*
>
> ***Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente****.* [**ADI 27/PR**, rel. min. CÉLIO BORJA – **Grifei**.]
>
> *(...)* ***O disposto*** *na parte final do item III, do art. 93, da Carta Política Federal,* ***não interfere*** *no critério fixado* ***no seu art. 94****,* ***pois os Juízes*** *do Tribunal de Alçada ao nele ingressarem,* ***embora*** *o tenham feito* ***como membros*** *do Ministério Público* ***ou*** *advogados,* ***passam a ser considerados magistrados****,* ***e em tal qualidade*** *é que concorrerão às vagas dos quatro quintos dos Tribunais de Justiça,* ***destinadas a tal categoria****.* ***Não há****,* ***magistrados que passaram a ser****,* ***como considerá-los ainda integrantes*** *da classe dos advogados ou membros do Ministério Público* ***para os fins*** *do art. 94 da Constituição Federal,* ***que nenhuma ressalva*** *estipula a respeito. (...).* [**ADI 29/RS**, rel. min. ALDIR PASSARINHO – **Grifei**.]

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, *considerada a regra inscrita* no art. 104, parágrafo único, da Lei Fundamental, **compõem-se** *de juízes – e de juízes apenas –* **e não** *de magistrados de carreira*, *de juízes-advogados* **e** *de juízes-membros do Ministério* Público.

Os magistrados **oriundos** do Ministério Público **ou** os magistrados **provenientes** da classe dos advogados **não conservam** *a condição de origem* **para fins** de investidura no alto cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, **pois** – *não custa acentuar – não há presenças estamentais* **ou** *corporativas* nos tribunais, **cuja composição** deriva da cláusula constitucional **que dispõe** sobre a participação daqueles profissionais do direito **na organização** dos corpos judiciários, *em geral*, **e** na do Superior Tribunal de Justiça, *em particular.* **Esse juízes togados** *não são* magistrados **estranhos** ao tribunal de que participam **ao lado** dos juízes **oriundos** da magistratura de carreira.

Na realidade, *quer se trate* da regra **pertinente** ao "*quinto constitucional*", *quer se cuide* do preceito **que dispõe** sobre a composição do Superior Tribunal de Justiça, **o fato** é que os colégios judiciários que se formam nesses tribunais **compõem-se**, *como já salientado*, *de juízes*, **mostrando-se irrelevante**,

para tal efeito, **a origem institucional** *de cada* magistrado integrante desses corpos judiciários.

Impende enfatizar, *por necessário*, que **todos** esses juízes integrantes dos Tribunais, *independentemente de seu vínculo de origem*, **submetem-se** *ao mesmo* estatuto jurídico, **sofrem** *as mesmas* incompatibilidades, **dispõem** *das mesmas* prerrogativas, **sujeitam-se** *aos mesmos* deveres **e**, *sobretudo*, **exercem** *os mesmos* poderes **e desempenham** *a mesma* atividade.

Ao contrário *do que pensam algumas mentes preconceituosas* – **certamente** deslembradas *da enorme contribuição* que tem sido dada, *ao Poder Judiciário* **e** *ao direito*, pelos juízes investidos **segundo a regra** do "*quinto constitucional*" –, **inexiste** *qualquer* diferença ontológica **ou** qualitativa **entre** *os juízes togados* que compõem os Tribunais, *independentemente* de sua origem institucional.

A razão **subjacente** a essa cláusula constitucional *foi sempre uma*: **valorizar** a composição dos tribunais judiciários, **a partir** *da rica experiência profissional* **haurida no exercício** das funções de representante do Ministério Público **e no desempenho** da atividade de advogado.

Essa participação **representa**, *na verdade*, **a contribuição** *de experiências diversificadas* **e deve ser reconhecida** como um fator de equilíbrio nas decisões dos Tribunais. **E**, *sob esse aspecto*, senhor presidente, **é inestimável** o testemunho de JOSÉ DUARTE **quando ressalta** a "*mens*" inspiradora da regra do "*quinto constitucional*" ("**A Constituição Brasileira de 1946**", vol. II/455, 1947, Imprensa Nacional):

> *(...)* ***o objetivo*** *do projeto* ***foi injetar*** *sangue novo nos tribunais.* ***Os que estiveram*** *na Constituinte de 1934* ***sabem que o dispositivo fora despertado****, sobretudo,* ***pela lembrança*** *do papel que Pedro Lessa* ***representou*** *no Supremo Tribunal (...).* [**Grifei**.]

O sr. ministro Ayres Britto: Permita-me, Excelência. Esse modelo eclético brasileiro, adotado pela Constituição, no fundo, é um ponto de intercessão ou de convergência de três valores exponenciais: a interdisciplinaridade, o pluralismo profissional e a diversidade cultural. Ou seja, o Poder Judiciário, com a participação de juízes de carreira, membros do Ministério Público e egressos da advocacia, faz-se receptáculo, depositário dessa convergência de valores exponenciais.

O sr. ministro Celso de Mello: **Sim**, a regra em questão **mostra-se** *extremamente valiosa* **no que se refere** *ao aprimoramento* da prática judiciária **e no que concerne** *ao aperfeiçoamento* do exercício jurisdicional, **pois agrega**, *sem qualquer dúvida*, à atividade concreta dos Tribunais, **a riqueza** *de experiências profissionais diversificadas* **e** *derivadas* do desempenho *tanto* da função de representante do Ministério Público *quanto* do ofício de advogado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A proposição não é o quinto constitucional; absolutamente! Na realidade, nós nos voltamos contra uma experiência deletéria que se tem verificado com recorrência, qual a de desembargadores

com pouquíssimo tempo de carreira, que sequer revelaram seus trabalhos aos Tribunais Superiores, acodem os Tribunais Superiores, com pouquíssimo tempo no exercício da Magistratura, superando aqueles que são da carreira. Mas evidentemente que isso parte de uma premissa, a de que nós aceitamos o quinto constitucional. Não há nenhuma aversão à figura do quinto constitucional. Gostaria que isso ficasse claro, até porque tenho grandes amigos no quinto constitucional e isso criaria, digamos, uma intriga institucional desnecessária.

O sr. ministro Celso de Mello: Ministro Luiz Fux, *jamais me ocorreu* atribuir-lhe **desapreço** pelos integrantes do "*quinto constitucional*". **Na verdade**, a posição de Vossa Excelência *ficou muito clara* no substancioso voto que proferiu.

Entendo, senhor presidente, **que a postulação** deduzida pela AMB, **autora** da presente ação direta, *se acolhida*, **subverteria**, *inteiramente*, **o modelo** positivado na Constituição, **no ponto** em que dispõe sobre a composição do Superior Tribunal de Justiça.

Não tem sentido a pretensão, que, **fundada** *em exegese inconsistente*, busca discriminar, *em razão de sua origem institucional*, **e para** efeito de investidura no alto cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, **as classes** (advogado **e** membro do Ministério Público) **que compõem**, a partir da regra do "*quinto constitucional*", **ao lado** dos magistrados de carreira, os Tribunais Regionais Federais **e** os Tribunais de Justiça.

Esse trinômio, *na realidade*, **reduz-se**, *em nosso sistema constitucional*, **por efeito** *da própria investidura* no cargo judiciário, *a uma expressão unitária*, **qual seja**, *a de magistrado togado*, que traduz condição ostentada, *indistintamente*, **por todos e cada um** dos membros **que integram** os tribunais judiciários.

Daí, *senhor presidente*, **a inteira procedência** da observação da Advocacia-Geral da União, em sua intervenção nesta causa, **quer** no memorial que apresentou, **quer** em sua sustentação oral feita da tribuna desta Corte:

> *A Carta Magna, em* ***nenhum*** *momento,* ***exigiu*** *que os 2/3 das vagas de ministro do STJ* ***destinadas*** *aos magistrados* ***fossem preenchidas****, exclusivamente,* ***por membros originários*** *da carreira,* ***excluindo*** *os que ingressaram* ***através*** *do quinto constitucional.* ***Assim****,* ***é constitucionalmente ilegítima*** *a interpretação que estabelece,* ***dentro*** *dos tribunais,* ***discriminação*** *entre os magistrados "de carreira"* ***e*** *os oriundos do quinto constitucional;*
>
> ***Advogados e membros*** *do Ministério Público* ***nomeados*** *para os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais,* ***após*** *empossados,* ***investem-se*** *da função judicante,* ***passando a ser juízes togados e vitalícios****.* ***Deixam****, portanto,* ***de ser advogados e membros*** *do Ministério Público.* ***Logo****,* ***somente podem ter acesso*** *ao Superior Tribunal de Justiça* ***nas vagas reservadas*** *para magistrados,* ***pois esta é a condição funcional que ostentam****.* [**Grifei**.]

Observo, *finalmente*, senhor presidente, *que não tem pertinência* **a invocação**, *na espécie*, **do precedente** firmado **na ADI** 813/SP, de que foi relator o eminente ministro Carlos Velloso, **como bem destacou**, *em seu parecer*, a douta Procuradoria-Geral da República, **ao concluir**, *em razão das premissas* nas

quais fundamentou o seu pronunciamento, que, "***No caso*** *do art. 104, parágrafo único, inciso I, da Lei Maior, o legislador* ***optou por não distinguir*** *os magistrados 'de carreira'* ***daqueles*** *provenientes do quinto,* ***razão pela qual há de ser observada****, para o ingresso no Superior Tribunal de Justiça,* ***a regra a este pertinente***" (**grifei**).

Assim, senhor presidente, **e com estas** considerações, **peço vênia para acompanhar** *a divergência* iniciada pela eminente ministra CÁRMEN LÚCIA, **julgando improcedente**, *em consequência*, **a presente** ação direta de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência vai disponibilizar esse voto oral? Porque nem sempre Vossa Excelência disponibiliza na íntegra e a pesquisa que Vossa Excelência fez acerca do quinto constitucional realmente é muito valiosa, eu desconhecia muitos detalhes, sobretudo, essa questão que o quinto foi criado já na década de vinte.

O sr. ministro Celso de Mello: **A ideia** *de enriquecer* a atuação da Corte de Apelação do Distrito Federal **resultou**, *como já salientado*, do Decreto 16.273, de 20-12-1923, editado, **com fundamento** na Lei 4.632/1923, **sob a égide** da Constituição de 1891, pelo presidente da República Arthur Bernardes e referendado por João Luiz Alves, *então* ministro da Justiça. **Daí a denominação** com que ficou conhecido esse diploma normativo: "*Lei João Luiz Alves*".

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Por lei, sob a égide da Constituição, a primeira Constituição Republicana, portanto, 1891.

O sr. ministro Celso de Mello: **Observo**, *no entanto*, que a regra do "*quinto constitucional*" **somente foi constitucionalizada** com a promulgação *da Constituição de 1934* (art. 104, § 6º).

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ao nível constitucional, mas Vossa Excelência está dizendo que antes mesmo de...

O sr. ministro Celso de Mello: A denominada "*Lei João Luiz Alves*", **consubstanciada** no Decreto 16.273/1923, **surge** já no final *da República Velha*, quando **ainda** vigorava a Constituição de 1891.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não. Então faço um apelo a Vossa Excelência que disponibilize a íntegra desse brilhante voto.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também vou pedir vênia ao eminente relator, não obstante esteja absolutamente de acordo com o diagnóstico que Sua Excelência fez: o funcionamento prático da aplicação dessa norma constitucional gera distorções, que o ministro Marco Aurélio chamou de mazelas. Estou de pleno acordo com tudo isso.

Vou julgar a ação improcedente, só por um motivo: é que, no caso, essa lei não fez nada do que, senão, repetir a norma constitucional. Daí por que, para

que eu pudesse julgar da constitucionalidade da lei, eu teria que julgar, primeiramente, da constitucionalidade da própria Constituição, e como não se trata de emenda, mas de texto originário, eu me vejo, na via da ação direta de inconstitucionalidade, impedido de fazê-lo.

Eu também vou julgar improcedente a ação, por esse motivo.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.078/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros). Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, contra o voto do ministro Luiz Fux (relator). Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão a ministra Cármen Lúcia. Impedido o ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o dr. Alberto Pavie Ribeiro e, pela Advocacia-Geral da União, a dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, secretária-geral do contencioso.

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, 10 de novembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.140 — GO
(ADI 4.140-MC na *RTJ* 210/606)

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR — Interessado: Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás — *Amicus curiae*: Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios – ANDECC

Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções 2, de 2-6-2008, e 4, de 17-9-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Reorganização administrativa de cartórios extrajudiciais, previamente criados por lei estadual, mediante acumulação e desacumulação de seus serviços. Estabelecimento de regras gerais e bem definidas, até então inexistentes, para a realização, no Estado de Goiás, de concursos unificados de provimento e remoção na atividade notarial e de registro. Alegação de ofensa ao art. 236, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, e aos princípios da conformidade funcional, da reserva legal, da legalidade e da segurança jurídica. Procedência parcial do pedido formulado na inicial.

1. É constitucional o ato normativo do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que estabelece regras gerais e bem definidas para a promoção de concursos públicos unificados de provimento e remoção de serventias vagas naquela unidade da Federação. Também não há vício de inconstitucionalidade na decisão de realizar concurso público, quando reconhecida a vacância de centenas de serventias extrajudiciais, muitas delas ocupadas, já há muitos anos, por respondentes interinos, em direta e inaceitável afronta ao disposto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal. Declaração de constitucionalidade da Resolução 4, de 17-9-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás.

2. Os serviços auxiliares dos tribunais e dos juízos de direito que lhes são vinculados, organizados privativamente por aqueles (arts. 96, I, *b*, e 99, *caput*, da Constituição Federal), são formados, exclusivamente, pelo conjunto de unidades e atividades de apoio que viabilizam a realização de suas finalidades institucionais. As serventias judiciais e extrajudiciais não compõem, portanto, os serviços auxiliares ou administrativos dos tribunais. Precedentes: RE 42.998, rel. min. Nelson Hungria, publicado em 17-8-1960; e ADI 865-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 8-4-1994.

3. A matéria relativa à ordenação das serventias extrajudiciais e dos serviços por elas desempenhados está inserida na

seara da organização judiciária, para a qual se exige, nos termos dos arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º, da Constituição Federal, a edição de lei formal de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça. Precedentes: ADI 1.935, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 4-10-2002; ADI 2.350, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 30-4-2004; e ADI 3.773, rel. min. Menezes Direito, *DJE* de 4-9-2009.

4. A despeito da manutenção do número absoluto de cartórios existentes nas Comarcas envolvidas, todos previamente criados por lei estadual, a recombinação de serviços notariais e de registro levada a efeito pela Resolução 2/2008 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás importou não só em novas e excessivas acumulações, como também na multiplicação de determinados serviços extrajudiciais e no inequívoco surgimento de serventias até então inexistentes.

5. A substancial modificação da organização judiciária do Estado de Goiás sem a respectiva edição da legislação estadual pertinente violou o disposto no art. 96, II, *d*, da Constituição Federal. Declaração de inconstitucionalidade da íntegra da Resolução 2/2008 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, para a preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora examinado.

6. O reconhecimento da inconstitucionalidade da referida Resolução 2/2008 em nada interfere na validade e, por conseguinte, no regular prosseguimento das etapas finais do concurso público unificado em andamento, promovido, em obediência ao disposto no art. 236, § 3º, da Carta Magna, para o provimento da titularidade de mais de trezentas serventias notariais e de registro declaradas vagas no território do Estado de Goiás.

7. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga, por unanimidade, procedente em parte.

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 parcialmente procedente a ação direta, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 29 de junho de 2011 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: Tomo, como parte introdutória deste relatório, a exposição que fiz do caso quando da apreciação colegiada do pedido de medida cautelar, lavrada nos seguintes termos (fls. 520-524):

> A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR) propôs ação direta de inconstitucionalidade em face das Resoluções 2 e 3, ambas editadas em 2-6-2008 pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás.
>
> A Resolução 2/2008, que "dispõe sobre a reorganização dos serviços de notas e de registros das Comarcas de entrância intermediária e final" (fls. 39-45), promoveu, no âmbito dos cartórios indicados em seus anexos, a desacumulação e o subsequente reagrupamento dos serviços extrajudiciais prestados. Indicou o referido ato normativo que a reconfiguração por ela pretendida se dará "na medida em que ocorrer a vacância das serventias da antiga estrutura" (art. 2º).
>
> Já a Resolução 3/2008, editada pelo mesmo Conselho, "regulamenta o concurso público unificado para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado de Goiás" (fls. 47-59).
>
> O ato atacado constitui-se, portanto, num conjunto de regras gerais a serem observadas sempre quando realizados, no Estado de Goiás, concursos unificados de provimento e de remoção na atividade notarial e de registro. Disciplina, por exemplo, a composição da comissão de concurso, a alternância entre ingresso e remoção no provimento dos serviços, a contratação de instituição de ensino para a realização dos concursos, banca examinadora, inscrição, formato dos concursos de ingresso e de remoção, eliminação de candidatos e recursos.
>
> Defende a requerente que a edição das resoluções ora examinadas, por atuação exclusiva do Poder Judiciário estadual, violou o art. 236, *caput* e § 1º, da Carta Magna, bem como os princípios da conformidade funcional, da reserva legal, da legalidade e da segurança jurídica.
>
> Alega que as normas constitucionais somente autorizam a regulamentação dos serviços extrajudiciais mediante a participação de todos os Poderes do Estado-membro. Segundo a autora, a melhor interpretação da Constituição Federal conduz à conclusão de que "a reorganização de serviços notariais e de registro do Estado de Goiás, com os efeitos inovadores, criativos e modificativos previstos nos atos administrativos impugnados, deve ser feita por meio de lei formal (art. 236, § 1º, e 175, parágrafo único, I, da CF), derivada de processo legislativo de iniciativa do Tribunal de Justiça de Goiás (art. 96, II, *b*, e 125, I, da CF), com a participação, pois, dos três Poderes da esfera estadual" (fl. 13).
>
> Assevera que o Poder Judiciário do Estado de Goiás, ao reestruturar, por meio de atos próprios, serviços de tamanha importância, modificando ou extinguindo competências legalmente conferidas, suprimiu "o saudável debate travado no âmbito legislativo e, ulteriormente, no executivo (sanção ou veto), máxime ao se considerar que a Lex Maior reserva a delegação desses serviços pelo Poder Público, sem a especificação, portanto, de um Poder ou de outro" (fl. 12).
>
> Expõe a autora seu receio de que o afirmado desbordo do poder regulamentar conferido ao Tribunal de Justiça de Goiás provoque indesejáveis desdobramentos, como a irregular investidura de novos delegatários cujos atos poderiam ter sua validade seriamente questionada, subvertendo a organização dos serviços notariais e de registro naquela unidade federada.

Após reiterar a necessidade de lei em sentido formal para a realização das mudanças estabelecidas, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da reserva legal, manifestados, por exemplo, no art. 125, § 1º, da Constituição Federal, passa a requerente a defender a relação de interdependência entre a Resolução 2/2008 atacada e a Resolução 3/2008, o que teria contaminado a validade desta última.

Assevera, nesse sentido, a necessidade da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da Resolução 3/2008, que teria sido "editada possuindo como base a Resolução n. 2/2008". Argumenta que não seria razoável cogitar a realização de um concurso público que tenha por objetivo o ingresso e a remoção em serviços extrajudiciais inconstitucionalmente estruturados.

No tocante à necessidade da concessão de medida cautelar, a autora noticia a existência de concurso público unificado em pleno andamento para o provimento e remoção de serventias vacantes no Estado de Goiás. Aduz que uma tardia anulação do certame em curso, em decorrência da eventual nulidade do ato administrativo que lhe deu origem, causaria prejuízos a centenas de concorrentes nele inscritos.

Além disso, destaca a disposição contida no art. 3º da Resolução 2/2008, que fixa prazo de trinta dias, a partir de sua vigência, para que as serventias reconfiguradas iniciem a prestação dos serviços ou promovam a transferência de parte de seus acervos.

Invoca, por fim, precedentes nos quais esta Suprema Corte, ao reconhecer a existência de plausibilidade jurídica e, principalmente, de perigo na demora, suspendeu a vigência de resoluções de Tribunais que pretendiam reorganizar, por meio da criação e extinção de serventias, os serviços extrajudiciais de determinadas localidades.

Requer a imediata suspensão da vigência dos arts. 1º, 3º e 5º da Resolução 2/2008 e dos arts. 1º e 2º da Resolução 3/2008, ambas do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Goiás e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da íntegra desses mesmos Diplomas.

Solicitadas informações, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei 9.868/1999, prestou-as o Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás (fls. 360-368).

Noticiou aquele órgão, inicialmente, que "as inscrições para o concurso público unificado destinado ao provimento de serventias do foro extrajudicial deste Estado estão encerradas e as provas marcadas para o dia 30 de novembro próximo" (fl. 360). Assevera que a presente ação direta é mais uma iniciativa que se soma a várias outras já intentadas que buscam, de todas as formas, procrastinar ou impedir a realização do certame que regularizará o provimento das serventias há muito ocupadas por não concursados.

Afirma que as resoluções impugnadas foram editadas com o objetivo de dar efetivo cumprimento às deliberações tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências 861. Declara que, para se desincumbir da determinação, emanada daquele procedimento de controle, de realização de concurso público no prazo de sessenta dias, houve "a necessidade inadiável de reorganização das serventias extrajudiciais para adequá-las à nova ordem jurídica", uma vez que as Comarcas de entrância final e intermediária do Estado de Goiás "mantinham estrutura acumulada em desacordo com o art. 5º da citada Lei 8.935, de 1994".

Asseverou o Conselho requerido, ademais, que não criou qualquer novo serviço, tendo, tão somente, desconcentrado os já existentes. Pondera, por outro lado, que por força da regra de transição contida no art. 2º da Resolução 2/2008, os

oficiais e tabeliães que respondem atualmente por mais serviços do que os permitidos pela lei "têm direito adquirido a prosseguirem na mesma situação até a vacância, quando se instalará, então, o serviço reestruturado".

Por fim, nega o Conselho requerido a existência de qualquer vínculo de dependência entre as resoluções contestadas. Assevera que, enquanto a Resolução 3/2008 apenas estabelece regras para a realização de concursos, a Resolução 2/2008 "adequa as serventias já existentes à nova ordem jurídica vigente, estando vagas ou não, oferecidas em disputa ou não".

Deferi, em 14-10-2008, o pedido de admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, da Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios, que se manifestou às fls. 391-395.

A autora, por meio da petição de fls. 440-442, noticia que a Resolução 3/2008, ora impugnada, foi integralmente substituída pela Resolução 4/2008, sem a ocorrência de qualquer alteração substancial entre as mesmas. Requereu que o eventual atendimento do pedido de liminar formulado alcance, portanto, o teor da referida Resolução 4/2008, que, como dito, muito pouco difere do Diploma normativo que o antecedeu (Resolução 3/2008).

Na sessão de 27-11-2008, o Plenário desta Suprema Corte indeferiu o pedido de medida cautelar, com a ressalva de que o concurso público em andamento para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado de Goiás, promovido já em conformidade com a Resolução 4/2008 ora impugnada, somente poderia alcançar as serventias regularmente criadas por lei (fls. 520-571).

Publicado o respectivo acórdão em 17-4-2009 (fl. 572), proferi, em 25-5-2009, o seguinte despacho (fls. 580-582):

1. Na sessão de 27-11-2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento cautelar da presente ADI 4.140, de minha relatoria, no qual o pedido de liminar foi indeferido, por maioria, com a ressalva de que o concurso público promovido pelo Poder Judiciário do Estado de Goiás com base nos atos normativos impugnados somente poderia ter como objeto serventias extrajudiciais anteriormente criadas por lei estadual. O acórdão, publicado no *DJE* de 17-4-2009, possui a seguinte ementa:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Resoluções 2 e 3, de 2-6-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Reorganização dos serviços de notas e de registros mediante simples desacumulação. Regulamentação para a realização de concursos unificados de provimento e de remoção na atividade notarial e de registro. Alegação de ofensa ao art. 236, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, e aos princípios da conformidade funcional, da reserva legal, da legalidade e da segurança jurídica. Plausibilidade jurídica não vislumbrada.
>
> 1. Aperfeiçoada, sem alterações substanciais, a Resolução 3/2008 atacada por meio da edição, em 17-9-2008, da Resolução 4/2008, também do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, nada impede o aditamento da ação direta para que seus objetos passem a ser as Resoluções 2/2008 e 4/2008, procedentes do Poder Judiciário do Estado de Goiás.
>
> 2. O exame perfunctório dos autos demonstra que as resoluções impugnadas tiveram como propósito a reorganização, mediante simples

desacumulação, de serviços que estavam irregularmente acumulados e a definição de regras claras e gerais, até então inexistentes, para a realização, no Estado de Goiás, dos concursos públicos unificados para o ingresso e a remoção nos serviços de notas e de registro.

3. Não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade formal ou material na atividade normativa de um Tribunal de Justiça que venha estipular regras gerais e bem definidas para a promoção de concurso unificado de provimento ou de remoção de serventias vagas no respectivo Estado-membro. Também parece isenta de qualquer vício a decisão mesma pela realização de concurso quando reconhecida a vacância de mais de trezentas serventias extrajudiciais, muitas delas ocupadas, já há muitos anos, por respondentes interinos, em direta e inaceitável afronta ao que disposto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal.

4. Nesse primeiro exame, tudo indica que a autoridade requerida agiu no estrito cumprimento do que disposto nos arts. 5º e 26 da Lei federal 8.935/1994, que veda a acumulação dos serviços que especifica. Ressalva para o fato de que o concurso público em andamento não poderá abranger cargos ou serventias que não tenham sido prévia e regularmente criadas por lei estadual.

5. Medida cautelar indeferida.

2. Naquele julgamento, constatou-se que seria indispensável que o Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, na oportunidade em que viesse a prestar informações definitivas, apresentasse a esta Suprema Corte, da forma mais clara e detalhada possível, como se deu exatamente a reorganização das serventias extrajudiciais das Comarcas de entrância intermediária e final daquela unidade da Federação, conforme dispôs a Resolução 2/2008, ora contestada.

Busca este Supremo Tribunal Federal saber se as desacumulações e reagrupamentos de serviços notariais e de registro promovidos, a princípio, para a plena adequação ao que disposto nos arts. 5º e 26 da Lei 8.935/1994, teriam mantido incólumes as serventias então existentes, criadas por lei estadual, ou se teriam importado na criação administrativa de novos cartórios, alterando, portanto, a organização judiciária estadual sem a devida autorização legal.

É preciso que se traga a esta Suprema Corte, ademais, a exata correlação entre o Quadro anterior de serventias, com a indicação dos serviços extrajudiciais que cada uma delas prestava individualmente, e o novo Quadro estabelecido após a edição da Resolução 2/2008, descrevendo-se como cada serventia alterada passou a atuar. Deverá o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás apresentar, ainda, a lista de todas as serventias extrajudiciais existentes naquela unidade federativa, com a indicação das respectivas leis estaduais que as criaram.

3. Ante todo o exposto, nos termos do art. 6º da Lei 9.868/1999, solicitem-se informações definitivas ao Conselho da Magistratura do Estado de Goiás para que se manifeste detalhadamente, no prazo de trinta dias, sobre os pontos aqui abordados, apresentando, assim, todos os dados acima indicados. O ofício a ser enviado deverá ser acompanhado de cópia da presente manifestação e do acórdão de fls. 520-571.

4. Após, abra-se vista sucessiva ao advogado-geral da União e ao procurador-geral da República, para manifestação no prazo de quinze dias (art. 8º da Lei 9.868/1999).

As informações definitivas solicitadas ao Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, formalizadas em 10-7-2009, chegaram a esta Corte em 17-7-2009 (fls. 657-720). Advindas do gabinete da presidência do Tribunal de Justiça daquela unidade federada, trazem elas, no que interessa, a seguinte breve mensagem (fl. 657):

> A Corregedoria-Geral da Justiça deste Estado, através das informações prestadas por sua assessoria – correlação entre o quadro anterior de serventias extrajudiciais criadas pela Lei 9.129/81 (Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás em vigor) e o novo quadro estabelecido após a edição da Resolução 2/2008 desta Corte de Justiça – que seguem anexadas a este ofício, esclarece de forma inequívoca, a exata reorganização das referidas serventias.
>
> Segue anexa, também, a lista de todas as serventias extrajudiciais do Estado de Goiás.

Submetidos os autos ao advogado-geral da União, cargo então ocupado pelo eminente ministro José Antonio Dias Toffoli, hoje membro desta Suprema Corte, manifestou-se Sua Excelência pela constitucionalidade das resoluções atacadas (fls. 722-736).

Asseverou ser pacífico o entendimento de que as serventias extrajudiciais, assim como as judiciais, representam matéria atinente à organização judiciária, cuja iniciativa legislativa é reservada aos Tribunais de Justiça. Ressaltou o chefe da Advocacia da União que a Resolução 2/2008 impugnada, embora trate de matéria de competência do Poder Judiciário local, não cria novas serventias, "mas, tão somente, acumula e desacumula os serviços notariais e de registro do Estado de Goiás, de forma a reorganizá-los".

Defende, por essa razão, que a matéria em jogo na presente ação direta "não está sujeita à reserva legal, porque assim não exige o art. 96 da Constituição da República, uma vez que não representa criação de novas serventias". Conclui, portanto, caber ao Poder Judiciário dispor sobre acumulação e desacumulação de serventias extrajudiciais por meio de resolução.

Destaca, ademais, que os arts. 125, § 1º, 175, parágrafo único, e 236, *caput* e § 1º, da Carta Magna, apontados pela requerente, não atribuem ao poder público a competência para realizar acumulação e desacumulação de serventias extrajudiciais, estando essas tarefas "inseridas no poder organizatório do Judiciário local, conforme previsto na alínea *b* do inciso I do art. 96 da Constituição Federal". Entende, dessa forma, não ter havido qualquer ofensa aos princípios da separação dos poderes, da conformidade funcional, da legalidade e da reserva legal.

Quanto à Resolução 4/2008, também contestada, afirma que esse ato, longe de contrariar o princípio da segurança jurídica, estabelece, de forma clara, as regras básicas "para habilitação à outorga de delegação de atividades notariais e de registro no Estado de Goiás", inibindo, assim, "qualquer alegação quanto a um possível estado de inércia em relação à observância do princípio do concurso público, relativamente aos serviços notariais e de registro no Estado de Goiás",

circunstância que afastaria a insegurança jurídica dos usuários desses mesmos serviços.

Repele o advogado-geral da União, por fim, a alegação de que eventual inconstitucionalidade da Resolução 2/2008 contaminaria automaticamente a Resolução 4/2008, tendo em conta que os concursos públicos unificados a serem realizados conforme as regras gerais estabelecidas por esta última poderão ter como objeto, indistintamente, tanto a antiga estrutura dos serviços como também o novo modelo introduzido pela primeira resolução citada.

Em parecer da lavra da ilustre vice-procuradora-geral, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovado pelo sr. procurador-geral, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou a Procuradoria-Geral da República pela improcedência dos pedidos formulados na presente ação direta (fls. 738-743).

Asseverou o órgão ministerial que as informações definitivas prestadas pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás não deixam dúvidas de que as providências administrativas adotadas por meio da Resolução 2/2008 representam uma mera reorganização dos serviços notariais e de registro daquela unidade da Federação.

Afirma que os atos de acumulação e desacumulação de serviços extrajudiciais, além de não se confundirem com criação de cargo público, matéria reservada à lei, estão expressamente previstos nos arts. 26 e 49 da Lei 8.935/1994, legislação federal que encontra fundamento de validade no art. 96, I, *b*, da Constituição, "segundo o qual os serviços notariais e de registro, na condição de serviços auxiliares da Justiça, têm a sua organização a cargo dos tribunais".

Por último, no tocante à Resolução 4/2008, argumenta que diante da inafastável determinação do Conselho Nacional de Justiça para que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás declarasse a vacância de mais de trezentas serventias ocupadas, indefinidamente, por interinos não concursados e publicasse, em sessenta dias, edital de concurso público para o respectivo ingresso e remoção, outra conclusão não haveria de ser alcançada que não a plena conformidade do ato impugnado com o art. 236, § 3º, da Constituição, independentemente do destino que o Supremo Tribunal Federal dará à Resolução 2/2008. Manifesta-se, assim, a douta Procuradoria-Geral da República pela improcedência dos pedidos formulados.

Em petição protocolada em 21-3-2010 e juntada às fls. 782-812 dos autos, a associação requerente noticia que, após a divulgação do resultado final do concurso público unificado para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro, em andamento no Estado de Goiás, foi ele homologado conforme exposto em edital de 1º-2-2010 (fls. 814-818). Alega ser iminente, portanto, de acordo com o cronograma do concurso, a convocação dos candidatos aprovados para a sessão pública de escolha das serventias declaradas vagas, com a outorga, em ato contínuo, das novas delegações.

Assevera, assim, a existência de perigo na demora a reclamar uma nova apreciação do pedido de medida cautelar formulado ou mesmo o pronto julgamento

de mérito da presente ação direta, uma vez que um eventual reconhecimento tardio da inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Resolução 2/2008 em serventias já ocupadas pelos novos delegados terá o condão de gerar prejuízos irreparáveis, desde o afastamento de todos os empossados e a reabertura do processo de escolha, até a integral invalidação do certame. Aponta, igualmente, a possibilidade do surgimento de transtornos na prestação dos serviços notariais e de registro à população goiana.

Após defender que as informações prestadas pelo TJGO apenas confirmam a ocorrência de alterações administrativas inconstitucionais em pelo menos cinquenta serventias extrajudiciais do Estado de Goiás, que teriam sido substancialmente desfiguradas quanto às atribuições que lhes foram conferidas pelas leis estaduais que as criaram, requer, alternativamente, a reapreciação do pedido cautelar de suspensão integral do concurso em andamento, o prosseguimento do concurso apenas com relação às serventias que não foram alcançadas pela Resolução 2/2008 impugnada ou, por último, a pronta inclusão dos autos na pauta de julgamento do Plenário, para a apreciação definitiva do mérito da ação.

O feito foi incluído em pauta publicada no *Diário da Justiça Eletrônico* em 10-5-2010.

É o relatório, do qual deverá a Secretaria extrair cópias para, em seguida, distribuí-las aos eminentes integrantes deste Supremo Tribunal.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Senhor presidente, anoto, inicialmente, o impedimento do eminente ministro Dias Toffoli, que subscreveu, ainda como advogado-geral da União, a douta manifestação de fls. 722-736.

2. Na sessão em que realizado o julgamento do pedido de medida cautelar formulado, ocorrida em 27-8-2008, houve unanimidade neste Plenário quanto à conclusão pela total ausência de plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade da Resolução 4, de 17-9-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, que estabeleceu uma série de regras gerais, até então inexistentes, a serem observadas sempre que realizados, no Estado de Goiás, concursos públicos unificados para provimento e remoção na atividade notarial e de registro.

O referido diploma discorre, por exemplo, sobre a composição da comissão de concurso, a alternância entre o ingresso e a remoção no provimento dos serviços, a contratação de instituição de ensino para a realização dos concursos, banca examinadora, inscrição, formato dos concursos de ingresso e remoção, eliminação de candidatos e recursos.

Naquela assentada, asseverei em meu voto que "não há, nesta ótica do controle concentrado de normas, qualquer inconstitucionalidade formal ou material na atividade normativa de um tribunal de justiça que venha estipular regras gerais e bem definidas para a promoção de concurso unificado de provimento ou

de remoção de serventias vagas no respectivo Estado-membro. Também parece isenta de qualquer vício, nesse exame perfunctório, a decisão mesma pela realização de concurso quando reconhecida a vacância de mais de trezentas serventias extrajudiciais, muitas delas ocupadas, já há muitos anos, por respondentes interinos".

Confirmo, eminentes colegas, agora em juízo de mérito, todas essas colocações para declarar a plena constitucionalidade da Resolução 4, de 17-9-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, que não guarda, conforme bem asseverou a Advocacia-Geral da União, qualquer relação de interdependência com a Resolução 2/2008, também impugnada na presente ação direta.

3. Passo agora, senhores ministros, a examinar, especificamente, a constitucionalidade da Resolução 2, de 2-6-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, que, de acordo com seu art. 1º, reorganizou "a estrutura das serventias de notas e de registros das Comarcas de entrância intermediária e final, mediante acumulação e desacumulação de serviços, na forma dos Anexos que integram esta Resolução".

Para tanto, mostra-se necessário que esta Suprema Corte proclame, definitivamente, se as serventias extrajudiciais são, de fato, meros serviços auxiliares dos tribunais (art. 96, I, *b*, da CF), ou se representam, na verdade, matéria intrinsecamente ligada à organização e divisão judiciárias (arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º, da CF).

Estou convencida, eminentes pares, que essa distinção é, sem dúvida alguma, a chave para o correto equacionamento da controvérsia ora em exame.

Veja-se que, de um lado, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás defende que as intervenções que promoveu administrativamente nas serventias extrajudiciais localizadas no território daquela unidade da Federação exprimem o regular exercício da competência privativa de que dispõe para "organizar suas secretarias e serviços auxiliares", nos termos do art. 96, I, *b*, da Constituição Federal.

A entidade de classe requerente, por sua vez, busca demonstrar que o TJGO, ao reconfigurar por completo as serventias extrajudiciais em questão, extrapolou em muito os limites da prerrogativa que detém, prevista no art. 96, II, *d*, da Carta Magna, para propor ao Poder Legislativo goiano, privativamente, qualquer alteração na organização judiciária vigente naquele Estado-membro.

4. Passo, assim, a refletir a respeito desse ponto específico, buscando investigar, primeiramente, o alcance da expressão "serviços auxiliares" presente no texto constitucional.

Verifico, inicialmente, que a Constituição Federal outorga aos tribunais competência para organizar as suas próprias secretarias e serviços auxiliares como também as secretarias e serviços auxiliares dos juízos que lhes são vinculados, isto é, de suas respectivas varas judiciais. Observe-se, nesse sentido, a redação do art. 96, I, *b*, da Carta Magna: "Compete privativamente: I – aos tribunais: (...) b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares **e os dos juízos** que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional

respectiva;". Diviso, srs. ministros, nessa passagem, um primeiro indicativo de que a Constituição Federal, quando se refere a secretarias e serviços auxiliares dos tribunais e de seus respectivos juízos de direito, está tratando, exclusivamente, da estrutura interna desses órgãos judiciários, consubstanciada no conjunto de unidades e atividades de apoio que viabilizam a realização de todas as suas finalidades institucionais. Trata-se de evidente consectário da autonomia administrativa assegurada ao Poder Judiciário pelo *caput* do art. 99 da Carta Magna.

A Constituição Federal ainda confere aos tribunais de justiça competência privativa para propor à assembleia legislativa (1) a criação e a extinção de **cargos** e (2) a **remuneração** tanto de seus próprios serviços auxiliares quanto dos serviços auxiliares que dão suporte aos juízos de primeiro grau que lhes sejam vinculados (art. 96, II, *b*). Enxergo aqui, da mesma forma, uma referência específica à estrutura dos referidos órgãos judiciários, que precisam dispor de **cargos públicos remunerados**, criados por lei formal, para compor o quadro de pessoal que desempenhará, nas suas mais variadas unidades internas, todas as atividades de apoio necessárias ao pleno funcionamento da Justiça.

Observe-se, ademais, que o tema da remuneração dos atos praticados no exercício dos serviços notariais e de registro é tratado, de maneira completamente apartada, pelo art. 236 da Carta Magna, que, além de atribuir ao Poder Judiciário o dever de fiscalização dessa atividade (art. 236, § 1º), prevê a regulamentação, por lei federal, de "normas gerais para a fixação de **emolumentos** relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro" (art. 236, § 2º).

Essa conclusão, no sentido de que a referência constitucional a serviços auxiliares dos tribunais e juízos de direito não corresponde às serventias extrajudiciais, por dizer respeito, especificamente, à organização interna desses órgãos judiciários, é reforçada, ainda, pela constatação de que a Carta Magna também indica, paralelamente, a presença de serviços auxiliares na estrutura do Ministério Público da União e dos Estados (art. 130-A, § 2º, III, e § 5º)[1]. Trata-se, aqui, do conjunto de pessoal, unidades funcionais e atividades que dão ao *Parquet*, igualmente, o suporte estrutural necessário para a consecução de suas finalidades próprias.

5. A respeito desse tema, manifestou-se este Supremo Tribunal Federal, já nos idos de 1960, ao declarar, nos autos do RE 42.998, rel. min. Nelson Hungria,

---

[1] CF, art. 130-A, § 2º: "Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (...) III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, *inclusive contra seus serviços auxiliares*, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa."

CF, art. 130-A, § 5º: "Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, *inclusive contra seus serviços auxiliares*, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público."

a constitucionalidade formal de lei do Estado do Ceará. O referido diploma local, ao desmembrar as atribuições que já eram exercidas por uma determinada serventia preexistente, criou um novo cartório idêntico, "para atender ao desenvolvimento dos serviços judiciários do Estado, especialmente de Fortaleza".

Na instância de origem, acolheu-se a alegação de ofensa ao art. 97, II, da Constituição de 1946[2], uma vez que o diploma impugnado não tivera origem em proposta de iniciativa do Tribunal de Justiça cearense. Todavia, o Plenário desta Casa, em sessão realizada em 11-7-1960, entendeu, segundo a ordem constitucional então vigente, que a referida iniciativa dos tribunais somente haveria de se impor na criação de cargos de seus serviços auxiliares, sendo certo que "as serventias de justiça não são serviços auxiliares dos tribunais". O eminente relator e notável magistrado, ministro Nelson Hungria, para não deixar dúvida de que a matéria tratada no referido processo – criação, mediante lei estadual, de nova serventia extrajudicial – dizia respeito ao tema da organização judiciária, ainda asseverou, em seu douto voto, que "o artigo da Constituição que poderia ser invocado na espécie seria o de n. 124, I, sobre a inalterabilidade da organização judiciária durante o quinquênio subsequente à lei que a estabelece, salvo proposta do tribunal"[3]. Declarada pelo Plenário a constitucionalidade da norma impugnada, reafirmou em seguida a Primeira Turma desta Casa, ao dar provimento ao referido apelo extremo na sessão de 27-10-1960, que "as serventias da justiça não são serviços auxiliares dos tribunais judiciários".

Já sob a égide da Constituição de 1988, o Plenário desta Corte, no julgamento cautelar da ADI 865, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 8-4-1994, examinou norma do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão que havia desmembrado escrivanias que exerciam tanto funções judiciais como extrajudiciais.

Alegava-se, naquela oportunidade, entre outras questões, violação ao art. 63, II, da Constituição[4], por ter sido o projeto de lei encaminhado pelo Tribunal de Justiça alvo de emendas parlamentares que importaram em despesas não previstas originalmente.

O eminente relator, ministro Celso de Mello, asseverou em seu douto voto condutor que as serventias do foro judicial e extrajudicial "não compõem, para os efeitos do art. 63, II, da Constituição, os serviços administrativos do próprio Tribunal". Além disso, reafirmou Sua Excelência, naquela mesma assentada, que os comandos impugnados, ao disporem sobre a configuração das serventias

---

[2] CF/1946, art. 97: "Compete aos Tribunais: (...) II – elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos."

[3] CF/1946, art. 124: "Os Estados organizarão a sua justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: I – serão inalteráveis a divisão e a organização judiciárias, dentro de cinco anos da data da lei que as estabelecer, salvo proposta motivada do tribunal de justiça."

[4] CF/1988, art. 63: "Não será admitido aumento da despesa prevista: (...) II – nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais federais e do Ministério Público."

judiciais e extrajudiciais no território do Estado do Maranhão, veiculavam, inegavelmente, normas concernentes à organização judiciária, matéria sobre a qual incidia, "quanto à instauração do processo de formação das leis", a cláusula de reserva de iniciativa.

No julgamento de mérito da ADI 1.935, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 4-10-2002, este Supremo Tribunal declarou a plena constitucionalidade de lei do Estado de Rondônia que, originária de projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça daquela unidade federada, havia criado dois ofícios de protesto de títulos na Comarca de Porto Velho.

Consolidava-se nesta Suprema Corte, assim, o entendimento de que a criação de serventias extrajudiciais era, de fato, matéria de organização judiciária, cuja iniciativa legislativa compete aos tribunais de justiça, nos termos do art. 96, II, *d*, da Constituição Federal. Rejeitou-se, ainda, naquela ocasião, a tese propugnada pela associação ora requerente, no sentido de que a reserva de iniciativa em questão seria, na verdade, do chefe do Poder Executivo, em razão de sua competência privativa para deflagrar o processo legislativo na criação de funções públicas (art. 61, § 1º, II, *a*, da Carta Magna).

Aliás, trilhando nessa mesma direção, este egrégio Plenário, ao apreciar a ADI 3.773, rel. min. Menezes Direito, *DJE* de 4-9-2009, declarou, na sessão de 4-3-2009, a inconstitucionalidade formal de lei do Estado de São Paulo resultante de processo legislativo deflagrado pelo governador – e não pelo presidente do Tribunal de Justiça –, a despeito de ter versado, entre outras matérias, sobre organização básica, competência territorial, criação, alteração e extinção das serventias extrajudiciais daquela unidade federada.

6. Portanto, senhor presidente, embora já tenha acompanhado, nos estreitos limites do juízo cautelar, voto em sentido contrário proferido pelo relator da ADI 2.415-MC, o eminente ministro Ilmar Galvão, na sessão plenária de 13-12-2001, diante de todos os elementos normativos e jurisprudenciais ora evidenciados, manifesto-me no sentido de que a matéria relativa à ordenação, pelo poder público estadual, das serventias extrajudiciais e das atribuições por elas desempenhadas passa ao largo da temática dos serviços auxiliares ou administrativos dos tribunais e dos juízos a eles vinculados, presente, principalmente, no art. 96, I, *b*, da Constituição Federal, e está completamente inserida na seara da organização e da divisão judiciárias, para a qual se exige, nos termos dos arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º, da Constituição Federal, a edição de lei formal de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça.[5]

---

[5] CF/1988, art. 96: "Compete privativamente: (...) II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: (...) d) *a alteração da organização e da divisão judiciárias*."

CF/1988, art. 125: "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, *sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça*."

Tal posicionamento harmoniza-se, a propósito, com a posição externada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento da ADI 2.350, de relatoria do eminente ministro Maurício Corrêa, no qual foi declarada a constitucionalidade de lei estadual, de iniciativa do Tribunal de Justiça, que havia introduzido modificações, justamente, no Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás.

O referido diploma, a Lei estadual 13.664, de 12-7-2000, estabelecia, primeiramente, que os tabelionatos de notas e os ofícios de registro civil das pessoas naturais instalados no território do Estado de Goiás passariam a acumular, respectivamente, as atribuições relativas ao tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos e ao registro de interdições e tutelas. Além disso, a referida legislação previu que os ofícios de registro civil das pessoas naturais identificados como serviços isolados e autônomos nas Comarcas em que se encontravam instalados acumulariam as atribuições do tabelionato de notas e do tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos.

No julgamento do pedido de medida cautelar, ocorrido na sessão de 7-3-2001, este Plenário, ao afastar, por maioria, a alegação de vício formal por invasão da competência da União para legislar sobre registro público, entendeu que as normas impugnadas, por terem tratado, especificamente, de acumulação de serviços extrajudiciais e não da atividade notarial e de registro em si, disciplinaram, na verdade, "tema pertinente à organização judiciária do Estado e destinada a preencher as necessidades de pequenas comarcas, incapazes de suportar os ônus de mais de uma serventia extrajudicial, enquadrando-se sua elaboração nos limites da competência do Estado-membro" (trecho da ementa lavrada pelo eminente ministro Maurício Corrêa, publicada no *DJ* de 22-11-2001).

Na ocasião do julgamento de mérito, datado de 25-3-2004, o eminente relator, ministro Maurício Corrêa, em seu voto condutor, não obstante tenha apontado óbice ao conhecimento integral da demanda, concluiu que o Estado de Goiás, por ter legislado, apenas e tão somente, sobre o funcionamento de suas serventias extrajudiciais, regulamentou "tema afeto à sua competência institucional" – organização judiciária –, tendo agido, assim, "de conformidade com as respectivas competências estabelecidas na Carta de 1988".

7. Observem, senhores ministros, que este último precedente examinado, a ADI 2.350, nos revela que, num passado não muito distante, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, convencido da necessidade de realizar, em algumas Comarcas, a acumulação de determinados serviços extrajudiciais e tendo a plena consciência de que estaria promovendo alteração na organização judiciária local, enviou à Assembleia Legislativa projeto de lei que se tornou, posteriormente, a mencionada lei de alteração do Código de Organização Judiciária daquela unidade da Federação (Lei 13.644, de 12-7-2000).

O que teria levado a referida Corte de Justiça a proceder de forma tão diversa no presente caso? Qual a razão de o TJGO, ao decidir, uma vez mais, pela reorganização das serventias extrajudiciais por meio da acumulação e desacumulação de serviços, ter-se desviado do caminho seguro do projeto de lei de

iniciativa a si reservada para se aventurar na regulamentação administrativa da matéria?

Lamentável que essa escolha tenha se dado justo quando o Conselho Nacional de Justiça – averiguada a grave existência de centenas de serventias extrajudiciais sem provimento efetivo, muitas delas ocupadas por interinos há mais vinte anos – determinava, nos autos do Pedido de Providências 861, a imediata declaração de vacância desses cartórios, assumidos interinamente mesmo após a Constituição de 1988, e a publicação de edital de concurso público, no prazo de sessenta dias, para ingresso e remoção nessas mesmas serventias.

O TJGO buscou justificar, tanto nos considerandos da resolução ora examinada como em todas as oportunidades que teve para se manifestar nos autos, que a reorganização das serventias extrajudiciais das Comarcas de entrância intermediária e final do Estado fazia-se necessária e inadiável, uma vez que se encontravam elas em situação de acúmulo de serviços expressamente vedada pelos arts. 5º e 26 da Lei federal 8.935/1994.

Com a chegada aos autos das informações definitivas e dos dados especificamente solicitados por meio do despacho de fls. 580-582, cumpre verificar se houve, de fato, a efetiva reparação da situação de ilegalidade tão efusivamente propagada pela Corte de Justiça goiana.

8. De acordo com os dados fornecidos pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Goiás, juntados aos autos em 20-7-2009 (fl. 656), existem **493** serventias extrajudiciais instaladas no território daquela unidade da Federação (fls. 669-720). Desse total, **137** delas foram criadas pela Lei estadual 9.129, de 22-12-1981, e as outras **356** pela Lei estadual 13.243, de 13-1-1998.

Registro que a Resolução 2/2008 impugnada alcançou, exclusivamente, as **137** serventias notariais e de registro criadas pela Lei estadual 9.129, de 22-12-1981, que ainda é, não obstante as sucessivas alterações sofridas, o Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás. Portanto, foram alvo do ato normativo ora em exame as **18** serventias da Comarca de Goiânia, as **9** serventias da Comarca de Anápolis, as **10** serventias da Comarca de Itumbiara, as **6** serventias da Comarca de Luziânia, as 4 serventias das Comarcas de Ceres, Jaraguá, Jataí e Rio Verde (**16**) e as 3 serventias das Comarcas de Aparecida de Goiânia, Caldas Novas, Catalão, Cristalina, Crixás, Formosa, Goianésia, Goiás, Goiatuba, Inhumas, Ipameri, Iporá, Itaberaí, Jussara, Minaçu, Mineiros, Morrinhos, Niquelândia, Palmeiras de Goiás, Pirenópolis, Porangatu, Posse, Quirinópolis, Santa Helena de Goiás, Trindade e Uruaçu (**78**).

Destaco, senhores ministros, que o ato contestado não alterou o número genericamente considerado de serventias notariais e de registro presentes em cada uma das Comarcas acima indicadas. Manteve-se, portanto, a mesma quantidade de cartórios extrajudiciais que já havia naqueles Municípios antes da edição da Resolução 2/2008. Conforme se demonstrará a seguir, as mudanças trazidas pelo ato normativo ora em análise se deram com relação ao leque de serviços notariais e de registro oferecidos por cada uma das serventias atingidas.

Caberá a esta Suprema Corte, portanto, verificar se as alterações de conteúdo impostas pelo Poder Judiciário goiano às serventias anteriormente criadas por lei estadual importaram, efetivamente, em inconstitucionalidade formal, por intervenção na organização judiciária estadual sem a devida autorização legal.

9. Passo, então, a analisar, pormenorizadamente, as mudanças levadas a cabo nas serventias das Comarcas ou dos grupos de Comarcas citados na Resolução 2/2008 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás.

Na Comarca de entrância final de **Goiânia** (Anexo I da Resolução 2/2008), onde existiam e continuam existindo **18** serventias extrajudiciais, os **4** ofícios de registro de imóveis permaneceram inalterados. Por sua vez, os **8** tabelionatos de notas que já existiam apenas agregaram mais um serviço de registro até então indisponível, o tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos. Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, neste ponto, apenas cumpriu, ainda que tardiamente, previsão disposta na Lei estadual 13.644, de 12-7-2000, que, ao alterar a organização judiciária do Estado de Goiás, estabeleceu, em seu art. 51, que "as atuais serventias de tabelionato de notas passam a acumular as atribuições de tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos".

De outra parte, atuando por conta própria, o mesmo TJGO, desfazendo-se de 2 cartórios de registro de pessoas jurídicas, títulos, documentos e protestos e de 4 cartórios de registro civil de pessoas naturais (reitere-se, todos criados pelo Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás — Lei 9.129, de 22-121981), gerou, em substituição, **4** ofícios de registro de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas, civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas e, ainda, **2** tabelionatos de protesto de títulos.

Observo, inicialmente, que a inserção do serviço de registro de interdições e tutelas nas serventias responsáveis pelo registro civil de pessoas naturais também se deu para o cumprimento, quase oito anos depois, do comando disposto no *caput* do art. 51 da Lei estadual 13.644, de 12-7-2000, que enuncia que "as [atuais serventias] de registro civil de pessoas naturais têm as suas atribuições ampliadas para abranger o registro de interdições e tutelas".

Contudo, além dessa providência, os serviços de registro civil das pessoas jurídicas e de títulos e documentos que eram prestados em apenas duas serventias passaram a ser oferecidos em quatro delas e em conjunto com os serviços de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas. Ademais, a prestação dos serviços concernentes ao protesto de títulos, que competia a dois cartórios de registro de pessoas jurídicas, títulos, documentos e protestos, foram destacados e oferecidos, isoladamente, em dois novos tabelionatos de protesto de títulos.

Portanto, o TJGO, sem o respaldo da legislação estadual vigente, promoveu em Goiânia: (a) a duplicação (de dois para quatro) do número de serventias responsáveis pelo registro civil de pessoas jurídicas e de títulos e documentos; (b) a concentração, em plena Comarca da capital do Estado de Goiás (atualmente, segundo o IBGE, com mais de 1,3 milhão de habitantes), dos serviços de registro civil das pessoas jurídicas e de títulos e documentos com os serviços de registro

civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas; e, finalmente, (c) a extração dos serviços relativos ao protesto de títulos de dois cartórios que já os prestavam e a subsequente criação de dois inéditos tabelionatos para esse específico fim.

Na Comarca de entrância final de **Anápolis** (Anexo II da Resolução 2/2008), onde há **nove** serventias extrajudiciais, permaneceram inalterados os **dois** ofícios de registro de imóveis. Aos **três** tabelionatos de notas existentes naquela cidade, apenas acrescentou-se o serviço de tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos, por força do disposto no já referido art. 51 da Lei 13.644, de 12-7-2000, do Estado de Goiás.

De outra parte, o TJGO, por meio da Resolução 2/2008 contestada, promoveu na Comarca de Anápolis a fusão de quatro serventias (duas de registro de pessoas jurídicas, títulos, documentos e protestos e duas de registro civil de pessoas naturais) em apenas duas outras responsáveis pelos serviços de registro de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas, civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas. Por fim, destacou o ato impugnado os serviços referentes ao protesto de títulos daquelas duas primeiras serventias absorvidas para criar **dois** novos tabelionatos de protesto de títulos.

Na Comarca de entrância final de **Itumbiara** (Anexo III da Resolução 2/2008), para a qual a Lei estadual 9.129/1981 destinou **dez** serventias extrajudiciais, permaneceram praticamente inalterados, após a edição da Resolução 2/2008, tanto os **três** ofícios de registro de imóveis quanto os **três** tabelionatos de notas. Como já comentado, a Lei estadual 13.644/2000 agregou a essas três últimas serventias citadas o serviço de tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos.

Contudo, valendo-se de um único cartório de registro de pessoas jurídicas, títulos, documentos e protestos e de três outros de registro civil de pessoas naturais, o TJGO gerou **três** novos cartórios de registro de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas, civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas. Por último, o TJGO destacou os serviços relativos ao protesto de títulos da serventia que os prestava e criou, em substituição, **um** inédito tabelionato de protesto de títulos.

Veja-se que, além da acumulação excessiva de serviços extrajudiciais e da criação de um cartório até então inexistente, as alterações promovidas pela Resolução 2/2008 nas dez serventias da Comarca de Itumbiara triplicou (de um para três) o número de cartórios providos dos serviços de registro civil de pessoas jurídicas e de títulos e documentos.

Na Comarca de entrância final de **Luziânia** (Anexo IV da Resolução 2/2008), onde existem **seis** serventias, os **dois** ofícios de registro de imóveis não foram alterados. Aos **dois** tabelionatos de notas existentes adicionou-se, por força da Lei estadual 13.644/2000, o serviço de tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos.

Por outro lado, o TJGO, por meio do ato ora em exame, aglutinou o cartório de registro de pessoas jurídicas, títulos, documentos e protestos com o ofício de registro civil de pessoas naturais, fazendo surgir, assim, **uma** única serventia

responsável pelo registro de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas, civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas. Por fim, o TJGO destacou daquela primeira serventia absorvida os serviços relativos ao protesto de títulos para criar **um** novo e autônomo tabelionato com essa exclusiva atribuição.

A Resolução 2/2008 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás também impôs substanciais alterações nas **quatro** serventias extrajudiciais presentes nas Comarcas de **Ceres**, **Jaraguá**, **Jataí** e **Rio Verde** (Anexo V da Resolução de 2/2008) e, também, nas **três** serventias extrajudiciais existentes nas Comarcas de **Aparecida de Goiânia**, **Caldas Novas**, **Catalão**, **Cristalina**, **Crixás**, **Formosa**, **Goianésia**, **Goiás**, **Goiatuba**, **Inhumas**, **Ipameri**, **Iporá**, **Itaberaí**, **Jussara**, **Minaçu**, **Mineiros**, **Morrinhos**, **Niquelândia**, **Palmeiras de Goiás**, **Pirenópolis**, **Porangatu**, **Posse**, **Quirinópolis**, **Santa Helena de Goiás**, **Trindade** e **Uruaçu** (Anexo VI da Resolução 2/2008).

A recombinação de serviços notariais e de registro levada a efeito em cada uma dessas Comarcas de entrância intermediária do Estado de Goiás resultou no surgimento de cartórios inéditos, na excessiva concentração de serviços extrajudiciais e, principalmente, na duplicação (de um para dois) do número de serventias em que disponíveis os serviços atinentes ao protesto de títulos.

Veja-se, por exemplo, que, para promover, nas 26 Comarcas dotadas de três serventias extrajudiciais acima listadas, o surgimento de dois idênticos tabelionatos de notas e de protesto de títulos e tabelionato e oficialato de registro de contratos marítimos, foram acumulados, **num único cartório**, os serviços registrais de imóveis, de títulos e documentos, civil das pessoas jurídicas, civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas.

10. Visualizadas, portanto, todas essas substanciais modificações na disposição dos serviços extrajudiciais do Estado de Goiás, **cai por terra**, definitivamente, a argumentação do Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, reiteradamente invocada, no sentido de que a resolução atacada, além de não ter criado novas serventias, apenas buscou cumprir a regra de inacumulabilidade dos serviços notariais e de registro exigida pela leitura conjugada dos arts. 5º, 26 e 49 da Lei federal 8.935, de 18-11-1994, que regulamenta os serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios).[6]

---

[6] Lei 8.935/1994, art. 5º: "Os titulares de serviços notariais e de registro são os:
I – tabeliães de notas;
II – tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;
III – tabeliães de protesto de títulos;
IV – oficiais de registro de imóveis;
V – oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas;
VI – oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas;
VII – oficiais de registro de distribuição."
Lei 8.935/1994, art. 26: "Não são acumuláveis os serviços enumerados no art. 5º.
Parágrafo único. Poderão, contudo, ser acumulados nos Municípios que não comportarem, em razão do volume dos serviços ou da receita, a instalação de mais de um dos serviços."
Lei 8.935/1994, art. 49: "Quando da primeira vacância da titularidade de serviço notarial ou de registro, será procedida a desacumulação, nos termos do art. 26."

Como visto, a despeito da manutenção do número absoluto de serventias existentes nas Comarcas envolvidas, a reformulação operada pela Resolução 2/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, importou não só em novas e excessivas acumulações, como também na multiplicação de determinados serviços extrajudiciais e no inequívoco surgimento de serventias até então inexistentes.

Fica patente, assim, a ocorrência de uma substancial modificação da organização judiciária daquela unidade federada sem a respectiva edição da legislação estadual pertinente, em frontal ofensa ao art. 96, II, *d*, da Constituição Federal.

11. Por todo o exposto, **julgo parcialmente procedente** o pedido formulado na presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal da íntegra da Resolução 2, de 2-6-2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás.

Para a preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora tratado, proponho, nos termos dos art. 27 da Lei 9.868/1999, a aplicação *ex nunc* dos efeitos da presente decisão, que estaria então dotada de eficácia plena a partir do decurso de trinta dias contados da publicação desta proclamação decisória no *Diário da Justiça Eletrônico.*

12. É preciso, senhores ministros, ainda, deixar expressamente consignado que o reconhecimento da inconstitucionalidade da referida Resolução 2/2008, caso venha a ser confirmada por este egrégio Plenário, **em nada** interferirá na validade e, por conseguinte, no prosseguimento das etapas finais do Concurso Unificado para o Ingresso e Remoção nos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Goiás, ora em andamento, "destinado ao provimento de titularidade dos serviços notariais e de registro, por ingresso ou remoção, das serventias constantes do Anexo II deste Edital".

Veja-se que o referido concurso tem como evidente fundamento de validade não essa Resolução 2/2008, mas a Resolução 4/2008, que, conforme já exposto no início da presente manifestação, longe de apresentar qualquer eiva de inconstitucionalidade, definiu de modo salutar regras gerais, até então inexistentes, para a realização, no Estado de Goiás, de concursos públicos unificados para o ingresso e a remoção nos serviços notariais e de registro.

Além disso, no Anexo II do edital do concurso público ora em andamento, foi divulgada a lista completa das serventias extrajudiciais declaradas vagas no Estado de Goiás (fls. 226-265), que, depois, foi atualizada mediante nova publicação no órgão oficial de 4-5-2009 (http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=concursos&item=notariais).

De acordo com essa última listagem divulgada, encontram-se vagas **335** das **493** serventias notariais e de registro existentes no território do Estado de Goiás. Impressiona, assim, a constatação de que, após 22 anos de vigência da

atual Constituição Federal, quase 70% dos cartórios extrajudiciais daquela unidade federada não estejam sob a responsabilidade de delegatários regularmente aprovados em concurso público de provas e títulos, conforme impõe, de maneira expressa, o art. 236, § 3º, da Carta Magna.

É de suma importância registrar que, segundo verifiquei do cruzamento da relação completa dos serviços notariais e de registro existentes no Estado de Goiás com a listagem das serventias declaradas vagas pelo edital já referido, de um total de **335** serventias vagas, somente **68** foram expressamente mencionadas na Resolução 2/2008, sendo que apenas **51** destas últimas foram efetivamente alteradas por suas disposições.

Portanto, do universo de 335 serventias declaradas vagas em edital, **284** delas sequer foram modificadas pela Resolução 2/2008, o que demostra a completa viabilidade do prosseguimento do certame em comento.

Como ainda não foi realizada a audiência pública de escolha das serventias pelos 186 candidatos aprovados no concurso unificado em andamento, mesmo as referidas 51 serventias vagas alteradas pelo ato normativo ora em exame deverão ser reinseridas no referido certame **após retomarem a sua configuração original**, mediante publicação de nova e atualizada lista de todas as serventias notariais e de registros vacantes no Estado de Goiás.

13. Por último, trago ao Plenário a informação de que, em 3-3-2011, deferi liminar, nos autos do MS 28.375, para suspender, até o julgamento final do *writ*, os efeitos da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo 2009.1000001936-5, bem como os atos de convocação para a audiência pública de escolha das serventias e de nomeação dos candidatos aprovados no concurso ora mencionado. Esclareço, ademais, que a controvérsia trazida no referido *mandamus* em nada se identifica com as questões aqui enfrentadas, pois trata dos critérios utilizados pela Comissão de Seleção e Treinamento do referido concurso público na obtenção da pontuação alcançada pelos candidatos na avaliação de seus títulos. O feito, que já tem parecer elaborado pela douta Procuradoria-Geral da República, será por mim trazido a este egrégio Plenário, para seu julgamento definitivo, com a máxima urgência possível.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, eu havia trazido um voto na linha da lei federal que autoriza que os próprios tribunais empreendam as desacumulações, mas o voto da ministra Ellen Gracie é absolutamente irrespondível no tocante a modificações substanciais das serventias, porque foram criadas e deslocadas tantas funções que nós estamos diante de novas serventias com novas competências.

A doutrina de direito administrativo é clara ao estabelecer que o próprio titular não pode alterar as suas competências, porque essas competências administrativas decorrem de lei.

Então, o dispositivo constitucional que autoriza o alto governo da magistratura a prover sobre os seus serviços auxiliares diz respeito aos atos administrativos intrínsecos ao exercício do próprio Poder Judiciário, da própria magistratura. Esses serviços auxiliares são fiscalizados pelo Poder Judiciário, mas, como se coloca, até às vezes, na prática, é um verdadeiro segmento empresarial à margem da Justiça. O art. 236 da Constituição Federal dispõe:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 1º Lei regulará as atividades (...)

Então, efetivamente não se poderia, por meio de um mero ato administrativo, de uma resolução, empreender essa modificação tão substancial, que só formalmente é uma desacumulação, mas, na realidade, foi uma criação de novas serventias e de novos serviços.

Por outro lado, senhor presidente, nós, que somos juízes de carreira, e Vossa Excelência, que está agora em exercício no Conselho Nacional de Justiça, vai entender, como eu entendo, que esse voto da ministra Ellen Gracie tem um caráter profilático muito importante, pois evitará inúmeros problemas futuros que surgem exatamente de uma má manipulação desse poder de desmembramento, de delegações etc., os quais temos assistido, lamentavelmente, com a má interpretação desses atos praticados, mas que acabam recaindo no Conselho Nacional de Justiça.

A ministra Ellen Gracie ainda teve a singularidade de se preocupar com o concurso, com o oferecimento das vagas, de sorte que acompanho integralmente o voto de Sua Excelência.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, também quero só fazer uma observação.

Tenho, na sequência, o caso de uma outra resolução exatamente com mais gravidade, mas, enfim, só para fixar, parafraseando o que foi dito muito bem pela ministra. O que estamos reafirmando, portanto, é que, por resolução, não se pode criar, recriar, desmembrar ou, em nome de qualquer uma dessas modalidades, transformar.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Transformar.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Há serventias que dependem de lei formal.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Exato. Com as suas atribuições específicas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E que, na sequência disso, com as suas atribuições e a reorganização de todo esse serviço. O que não significa — foi enfatizado muito bem pela ministra e que é a grande preocupação, acho que de todos nós – que serventia não é um serviço privado, um serviço particular, e que há 22 anos o constituinte brasileiro decidiu que serão providos os cargos por concurso público. Daí a parte final do voto de Vossa Excelência mantendo os concursos. Ninguém é dono de serventia e, por isso, a reorganização não importa em nada, em alguém se arvorar em ser o proprietário. Não há direito adquirido a espaço público. Enfim, é o que estamos dizendo. Entendi bem, ministra?

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Exatamente.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Então, neste caso, acompanho integralmente o voto da ministra relatora.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, num primeiro momento, eu estava inclinado a entender que a matéria estaria compreendida dentro do conceito de serviços auxiliares e, portanto, dentro da competência exclusiva dos tribunais, nos termos do art. 96, I, *b*, da Constituição, que poderiam esses tribunais regular essas matérias por meio de resoluções. Mas a ministra Ellen Gracie muito bem demonstrou que a jurisprudência do Tribunal, em pelo menos três precedentes importantes e que foram do Plenário desta Corte, assentou que a matéria está compreendida no conceito de organização judiciária e, portanto, a matéria só pode ser disciplinada mediante lei, e lei de iniciativa do Poder Judiciário. Este é um aspecto que me parece extremamente importante, e o Tribunal afastou essa dúvida definitivamente, nestes precedentes, dizendo que não pode ser uma lei de iniciativa do Executivo e muito menos do próprio Poder Legislativo, mas uma iniciativa conjugada, ou seja, a vontade do Poder Judiciário conjugada com a vontade do Poder Legislativo, o que minimiza eventuais problemas que poderiam surgir de uma lei emanada exclusivamente do Executivo, exclusivamente do Legislativo, sobretudo tendo em conta – como é sabido – o grande poder de pressão que têm hoje os cartórios no Brasil e as suas organizações representativas.

De outra parte, verifico que a solução dada pela ministra Ellen Gracie é uma solução muito equilibrada, porque não só se mantêm os concursos já abertos, portanto eles poderão ser concluídos, como também um número muito pequeno de cartórios, dentro desse grande número de cartórios que foram, enfim, objeto dessa resolução, é que voltarão – digamos assim – ao *statu quo ante,* são cerca de cinquenta, porque estes tiveram as suas competências redefinidas por resolução de forma irregular e, na verdade, inconstitucional.

Com esses singelos argumentos, senhor presidente, acompanho integralmente o voto da ministra Ellen Gracie.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, quando da discussão da medida cautelar nessa ação direta de inconstitucionalidade, tive a oportunidade de avançar um ponto de vista de enquadramento das atividades notariais e de registro, no plano extraforense, como atividades situadas no âmbito dos serviços auxiliares da Magistratura. Mas porque naquela oportunidade entendi que se tratava de resoluções — no caso, são resoluções, não é, ministra Ellen? — que desafogavam os serviços, desconcentravam atividades, descomprimiam, processavam uma espécie de descompressão ou descontração, sempre buscando a eficiência na gestão desse tipo de atividade notarial e de registro.

E entendi que os critérios adotados eram razoáveis para fazer esse desafogo, essa descompressão, essa desconcentração de serviços, porque os critérios eram dois: a receita auferida pelas serventias e o volume de trabalho a cargo de cada uma delas, tudo estatisticamente comprovado. Então eu dei pela razoabilidade da providência do Tribunal.

Hoje, no entanto, ouvindo o magnífico voto da ministra Ellen Gracie, eu fiquei abalado na minha convicção de se tratar de atividade auxiliar ou serviço auxiliar da magistratura. Sua Excelência entende que a matéria se encaixa no círculo, na esfera da organização e divisão judiciária. Eu não vou me posicionar quanto a isso neste momento, mas entendo que Sua Excelência foi muito feliz em fazer suas análises.

Vou acompanhar Sua Excelência porque também, lendo a Constituição com um pouco mais de detença, um pouco mais de cuidado, eu percebi que mesmo serviços auxiliares estão submetidos à iniciativa de lei. A Constituição diz, no inciso II do art. 96, que compete:

> II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

E vem: a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares. Ou seja, embora os tribunais organizem seus serviços auxiliares, há, na Constituição, uma referência à iniciativa legislativa para tanto, o que me deixa, portanto, fragilizado naquele fundamento em que me louvei quando do julgamento da cautelar.

De outra parte, senhor presidente, parece-me certo que os serviços notariais e de registro têm uma ontologia, uma compostura jurídica insimilar, inconfundível, verdadeiramente peculiar, tanto que esses serviços mereceram da Constituição um tratamento em apartado, seja no âmbito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em dois artigos, seja no âmbito das disposições permanentes.

E já, em outro voto como relator, eu tive oportunidade de falar sobre essa peculiaridade dos serviços notariais e de registro. E com Vossa Excelência mesmo já troquei algumas ideias, convergentemente chegamos à conclusão de

que, se não há cargo sem função, há função sem cargo. E os serviços notariais e de registro não se estruturam mediante cargos públicos propriamente ditos, mas correspondem eles a atividades ou funções de caráter público, não há dúvida, embora a remuneração não seja auferida senão junto aos usuários das próprias serventias.

O sr. ministro Marco Aurélio: Uma verdadeira personificação de órgão.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. E a remuneração do trabalho notarial e do registro, a cargo do notário ou do registrador, se dá mediante emolumentos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Fixados mediante lei.

O sr. ministro Ayres Britto: E o fato, senhor presidente, é que, quando a Constituição fala dos serviços notariais e de registro, ela prima pela referência a lei – disse muito bem o ministro Luiz Fux.

Essa reserva de lei consta do art. 236 da Constituição em mais de uma passagem, o que robustece, a meu sentir, o voto da eminente ministra Ellen Gracie, notadamente porque Sua Excelência deixou claro que as resoluções, em verdade, não desconcentraram, não desafogaram, elas fizeram verdadeira transformação. Então, laboraram as resoluções no campo da criação, digamos assim, de unidades de serviço com suas competências, numa linguagem aí já de Celso Antônio Bandeira de Melo, ainda há pouco citado por Vossa Excelência, em conversa coloquial. De sorte que também a solução apresentada pela ministra me parece operacional, lógica.

Por isso, eu adiro ao ponto de vista de Sua Excelência, com todo conforto intelectual.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, eu também concordo, em linhas gerais, com o voto proferido pela ministra Ellen Gracie. Só em relação à fundamentação, agora explicitada pela ministra Cármen Lúcia, gostaria de fazer alguma observação.

Nesse quadro de leis, pelo menos da experiência que a gente haure no próprio Conselho Nacional de Justiça, muitas vezes nós temos um tipo de legislação que não é propriamente uma lei de perfil delegado, mas é uma lei que permite um chamado – vamos chamar assim, na linguagem dos administrativistas – regulamento autorizado. São aquelas definições mais ou menos gerais, que são previstas e que outorgam ao tribunal a possibilidade, muitas vezes à própria Corregedoria, de fazer esse tipo de remanejamento, tendo em vista as mudanças que ocorrem no curso do tempo. E não me parece que, *a priori*, devamos dizer que esse tipo de prática seja indevida, até dentro de um quadro de flexibilidade que nós admitirmos. Mesmo que haja essa chamada reserva do parlamento, a reserva legal, desde que a decisão tenha sido conscientemente tomada, não me parece que haja, aqui, nenhuma violação. Mas é diferente do quadro apontado, tal como desenhado no voto da ministra Ellen Gracie, porque

o que se mostra é que realmente não havia previsão legal e se fez uma manipulação sem qualquer critério, esvaziando determinadas serventias e concentrando determinadas matérias em outras serventias.

Então, eu gostaria de fazer essa ressalva, porque o pensamento, esse pensamento mais plástico, mais flexível, é até um modo de elaborar leis que permaneçam atuais no tempo, visto que nós não podemos esquecer, olvidar a realidade. Cada vez que se coloca esse debate, tendo em vista todo o interesse subjacente na matéria, nós teremos decisões às vezes distorcidas. Nós estamos a ver que muitas vezes são os próprios tribunais que cometem essas distorções, mas quando elas não ocorrem, aqui, eventualmente, elas podem ocorrer no próprio parlamento, em razão do jogo de interesse envolvido.

Eu também louvo a solução alvitrada pela ministra Ellen, quanto à preservação do concurso público. Não vamos esquecer, senhor presidente, senhores ministros, nós estamos a lidar com um tema que reclama solução há mais ou menos quinhentos anos. É disso que estamos a falar. Quer dizer, quando se encerrar esse capítulo do concurso em cartórios, estaremos a superar uma herança colonial trágica, com todos os problemas que ocorrem. E a ministra Ellen apontava inclusive os desvios que levam a um quadro, às vezes, de metástase institucional, no âmbito do próprio Judiciário, com essas substituições que, sem critério, acabam envolvendo o próprio Judiciário em práticas pouco saudáveis.

Os episódios que foram revelados, não faz muito tempo, no Rio de Janeiro, dão bem a dimensão do potencial de contaminação que se tem nesse tipo de matéria; o tipo de designação que se faz sem nenhum critério. Tanto é que, no Conselho Nacional de Justiça, se discutiu a necessidade de se fixar um tempo para as substituições, porque são substituições que se eternizam, exatamente para que não se façam os concursos públicos, e o provisório se torna permanente.

Então, é necessário, realmente, que se faça o concurso público e que se busque o provimento. E, mesmo para as substituições, é fundamental que haja os critérios objetivos para isso, porque aqui está exatamente a possibilidade de eventual desvio, de eventual manipulação.

De modo que também subscrevo o voto brilhante proferido pela ministra Ellen, fazendo apenas essa observação de que eu não consideraria, *a priori*, inconstitucional uma lei que dispusesse sobre esse tema e que desse ao Tribunal, segundo critérios razoáveis e com fixação de elementos objetivos, a possibilidade de eventual atualização tendo em vista as mudanças que, de fato, ocorrem.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. A ressalva é ótima.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Cada cidade brasileira que nós conhecemos, especialmente as grandes cidades, passa por uma transformação tão grande em dez anos, que isso pode ter implicações no que diz respeito a toda essa divisão.

O sr. ministro Marco Aurélio: O pior é que, de bem-intencionados, o Brasil está cheio. Isso talvez pudesse suscitar "n" distorções.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É verdade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Daí a necessidade de atuarem os representantes do povo, a Assembleia, editando a lei, admitido o *lobby* no sentido não nefasto, o *lobby* no sentido salutar que, a meu ver, deve merecer a excomunhão maior quando se faz presente, nesse campo, considerados os tribunais.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, quando se assenta, como assentamos aqui no Plenário, que há necessidade da vontade conjugada do Judiciário com o Legislativo, os riscos ficam minimizados.

O sr. ministro Marco Aurélio: Com a iniciativa do Judiciário.

O sr. ministro Ayres Britto: Exatamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas é possível fazer todo tipo de emenda.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aí é o sistema. Passamos a ter algo resultante do próprio sistema. E, por enquanto, ainda é o melhor o que consagra a separação dos Poderes.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E, hoje, o quadro é muito melhor do que ontem, tendo em vista o controle exercido pelo próprio CNJ. O CNJ, primeiro, fez esse levantamento graças ao trabalho, por último, magnífico do ministro Gilson Dipp, que fez todo esse levantamento, salvo engano, em mais de cinco mil cartórios. Veja, portanto, que é um número espetacular, fazendo, então, as distinções entre aqueles que foram devidamente efetivados com base na norma constitucional e outros.

O sr. ministro Marco Aurélio: Afastando a "interinidade definitiva".

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente.

O sr. ministro Marco Aurélio: É uma incongruência, mas é isso mesmo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E enfrentando essa questão. Mas é necessário, realmente, que se resolva essa questão e que se adotem critérios objetivos, tanto quanto possível, para que não haja essa concentração de recursos e de poder.

Quando se fala, por exemplo – esse caso do Rio de Janeiro essa questão foi suscitada –, em determinados cartórios de registro de imóveis em algumas das nossas cidades, não sabemos sequer calcular a renda mensal em cada uma dessas serventias e, a partir daí, então, há o abuso de poder que se conhece. Até nessa perspectiva teria de haver um tipo de critério para que essas entidades não se tornassem mais poderosas do que o próprio Estado. Às vezes, em determinados setores do Judiciário, em determinados Estados da Federação, muito provavelmente algumas dessas unidades se tornam mais fortes do que o próprio Judiciário, carente muitas vezes de recursos. Não é por acaso que a tributação que hoje alimenta os cofres dos tribunais, a partir daquele critério das taxas de fiscalização, incide fortemente sobre essas serventias.

O sr. ministro Ayres Britto: Os emolumentos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É, sobre esses emolumentos, a criação dos selos e tudo o mais.

De modo que eu gostaria de fazer essas observações e cumprimentar a ministra Ellen Gracie pelo seu magnífico voto, mas ressaltar a necessidade de que, de fato, essas questões sejam resolvidas, quer dizer, que os concursos sejam realizados, que os aprovados sejam providos nos cargos que estão abertos, para que nós consigamos virar essa página que vai nos colocar num outro padrão civilizatório.

De fato, essa própria expressão "cartório" precisa ganhar um outro significado.

O sr. ministro Ayres Britto: Cartorial!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quer dizer, o cartório, o cartorial, que muitas vezes está associado exatamente a esse símbolo...

O sr. ministro Marco Aurélio: Pejorativo!

O sr. ministro Gilmar Mendes: É, do atraso, quando necessariamente não deveria ser assim.

Hoje, na própria Universidade de Brasília, encontramos notáveis professores que obtiveram vaga mediante concurso público, estão exercendo a sua atividade com absoluta regularidade e transparência. É preciso que isso se torne normal.

De modo que, com essas considerações, presidente, acompanho o voto da eminente relatora.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, em 2008, muito embora indeferindo a liminar, o Tribunal sinalizou que não se poderiam ocupar as serventias que não tivessem, quanto à criação, decorrido de lei. Isso foi muito bom, sendo que, de qualquer forma, como apontado pela relatora, houve o encerramento do concurso, mas os candidatos aprovados ainda não escolheram, considerada a ordem de classificação, as serventias.

O Tribunal definiu o sentido da regra segundo a qual compete aos tribunais organizar, mediante regimentos internos – não imagino um regimento interno criando cartório –, os serviços auxiliares. E definiu, em 1960, mediante precedente citado no voto da relatora, na dicção do ministro Nelson Hungria, que essa cláusula não alcança, em si, as serventias.

Foi categórico o Tribunal:

> (...) as serventias de justiça não são serviços auxiliares dos Tribunais.

Houve, na espécie, aglutinação e desacumulação. Quem aglutina extingue; quem desacumula cria. E aí se dá, sob o ângulo dos interesses em jogo, às vezes até interesses não agasalháveis, toda sorte de resultados.

O voto da ministra Ellen Gracie, respaldado em precedentes, inclusive mais recentes, como são os alusivos às ADI 865, da relatoria do ministro Celso de Mello, 1.935, da relatoria do ministro Carlos Velloso, e 3.773, da relatoria do saudoso ministro Menezes Direito, mostra-se pedagógico, minucioso e homenageia substancialmente a ordem jurídica que incide na espécie. E Sua Excelência teve cuidado especial quanto à necessidade de se preservar, excluídas as serventias que surgiram de aglutinações e também de desacumulações, o concurso público, viabilizando até mesmo a inserção dessas serventias, desde que voltem aos parâmetros primitivos ditados pela legislação que as criou.

Não vejo como se possa, sem uma mesclagem conflitante com a Constituição Federal, admitir que o próprio Tribunal faça as vezes do legislador, não para disciplinar algo que se mostre interno, relativo aos serviços auxiliares indispensáveis à atividade, mas a criação de cartórios.

Quanto aos serviços prestados, presidente, observo não o art. 27 da lei alusiva à ação direita, mas a teoria que tomo de forma abrangente, que é a do servidor de fato. Tenho esses serviços como válidos e Sua Excelência inclusive assentou termo final para que realmente cessem, que é a passagem de trinta dias a partir da publicação do acórdão no *Diário Eletrônico.*

Louvo, presidente, o voto proferido por Sua Excelência, e o subscrevo às inteiras, inclusive quanto à parte que apontei como pedagógica, no que passamos, muito embora em um processo objetivo, a analisar situação a situação, glosando aquelas que decorreram do extravasamento da atividade desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Não critico o Tribunal em si, porque ele submeteria, de qualquer forma, o preenchimento dessas funções, das novas serventias, ao concurso público, mas acontece que o meio utilizado — e aí se tem o vício formal da resolução do Tribunal – é que discrepou da Constituição Federal invadindo uma seara – inclusive quanto ao zoneamento dos cartórios — reservada ao legislador.

Voto no sentido da declaração da inconstitucionalidade, nos termos revelados por Sua Excelência a relatora.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também quero associar-me a todos os elogios, justos e legítimos, a um voto absolutamente incensurável do ponto de vista dogmático, mas também muito inteligente do ponto de vista de solução dos problemas práticos. Mas gostaria apenas de fazer três observações.

A primeira delas, com o devido respeito ao ministro Luiz Fux, diz respeito ao fato de que a *lei*, a que se refere o § 1º do art. 236 da CF, não é a lei que rege a criação, a modificação ou a extinção dos órgãos de serviços notariais e de

registros. É a lei que define as atividades correspondentes ao conteúdo das competências de tais serviços, ou, noutras palavras, é a lei que vai estabelecer quais são os serviços judiciários de natureza notarial e de registros, e, por conseguinte, é a lei que prescreve quais são as atividades que têm de ser desempenhadas pelos delegados e pelos seus prepostos.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas, neste particular, Vossa Excelência não precisa pedir vênia, pois falei a mesma coisa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estou apenas justificando, porque a mim me parece, com o devido respeito, que não há, no caso, nenhuma ofensa ao 236, § 1º, da CF.

Estou também de pleno acordo com a eminente ministra relatora e, peço vênia, agora ao ministro Ayres Britto, para dizer que, realmente, quando a Constituição alude à organização de secretarias de *serviços auxiliares*, se refere à distribuição de competências sobre atos internos, como, aliás, o próprio Supremo Tribunal sói fazer a respeito de diversos serviços. Há poucos dias, por exemplo, aprovamos emenda regimental que regula a tramitação de propostas de súmulas, e assim por diante. Agora, a remuneração dos serviços auxiliares, essa, sim, pelo inciso II, letra *b*, exige *lei em sentido formal*.

O sr. ministro Ayres Britto: E a própria criação de cargos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente, também quando se trate de criação de cargos para esses serviços auxiliares.

Agora, em relação aos serviços notariais e de registros, não obstante, como bem observou o ministro Ayres Britto, com quem eu estou, nisso, de inteiro acordo, não haja *cargos* no sentido estrito do termo, tal como é concebido na estruturação do Estado, não há dúvida alguma de que temos aqui instituto que corresponde àquilo que, no direito administrativo, é definido como *órgão*, isto é, centros de competências instituídos para o desempenho de funções públicas que devem ser exercidas por um ou mais agentes.

O fato de não haver *cargo* não descaracteriza a existência de *função.* Há várias funções públicas a que não corresponde nenhum cargo e, neste caso, temos funções públicas, sem dúvida alguma, que são funções essenciais do Estado – essenciais na concepção atual da Constituição, mas que poderiam não sê-lo noutro quadro constitucional –, e cuja particularidade está simplesmente no fato de que, se o exercício é delegado, pela própria Constituição, a particulares entendidos como tais, eles não se transformam em servidores públicos *stricto sensu*, embora sejam considerados servidores públicos *lato sensu*, para vários efeitos legais.

Então, se se trata de *órgão* ou *órgãos* que, por velhíssima tradição, sempre foram inseridos dentro da organização judiciária, isto é, dentro do conjunto de órgãos submetidos ao controle e à fiscalização dos tribunais, tal como ainda são hoje pela Constituição, evidentemente qualquer criação, modificação ou extinção desses órgãos é sempre criação, modificação ou extinção de órgãos que estão

integrados na organização e na divisão judiciárias. Daí, por via de consequência, só por lei formal em sentido estrito, nos termos dos arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º, da CF, podem ser operadas, o que, no caso, não se observou.

Estou, pois, de inteiro acordo com a eminente ministra relatora, e louvo sobretudo a maneira inteligente como resolveu o problema prático da subsistência do concurso, deixando também à disposição dos cento e oitenta e seis aprovados os questionados cinquenta e um órgãos na sua feição legal original.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.140/GO — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR (Advogado: Jonas Modesto da Cruz). Interessado: Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. *Amicus curiae*: Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios – ANDECC (Advogados: Vicente de Paulo Amaral Nascimento e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Falaram, pela requerente, a dra. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro e, pelo Ministério Público Federal, a dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, vice-procuradora-geral da República. Ausentes os ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Dias Toffoli, justificadamente.

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 Luiz Fux. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 29 de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.274 — DF

Relator: O sr. ministro Ayres Britto

Requerente: Procuradora-geral da República — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional — *Amicus curiae*: Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006, criminalizador das condutas de "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga".

1. Cabível o pedido de "interpretação conforme à Constituição" de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal.

2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente).

3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes.

4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, I, *a*, e art. 139, IV).

5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 "interpretação conforme à Constituição" e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. Tudo nos termos do voto do relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o presidente. Impedido o ministro Dias Toffoli.

Brasília, 23 de novembro de 2011 — Ayres Britto, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ayres Britto: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela procuradora-geral da República em exercício, dra. Deborah Duprat de Britto, contra o § 2º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Isso para que o Supremo Tribunal Federal "realize interpretação conforme a Constituição (...), de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos".

2. É do teor seguinte o texto normativo sob censura:

> Art. 33 (...)
> (...)
> § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.
> Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

3. Pois bem, alega a requerente que uma descabida interpretação do dispositivo em causa "vem gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de imprensa (arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF)". Mais: argumenta que, "nos últimos tempos, diversas decisões judiciais, invocando tal preceito [o §2º do art. 33], vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas, empregando o equivocado argumento de que a defesa dessa ideia induziria ou instigaria o uso de substância entorpecentes". Preceito, portanto, que se tem prestado para interpretação conducente a que "seja tratada como ilícito penal a realização de reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, só porque voltada à defesa da legalização das drogas". Donde concluir que a exegese dada ao dispositivo questionado atenta contra "o verdadeiro 'coração' da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial", de forma a legitimar a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade.

4. Prossigo neste relato para anotar que a Advocacia-Geral da União se manifestou, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação de natureza abstrata. Isto sob o fundamento de que "não há o crime descrito no art. 33, § 2º, da Lei de Drogas quando o que se pretende é discutir uma política pública, razão pela qual a defesa pública da legalização das drogas, inclusive através de manifestações e eventos públicos, não pode ser tipificada neste dispositivo". No mérito, posicionou-se pela improcedência da ação. Ponto de vista perfilhado pelo Senado Federal.

5. À derradeira, registro que, em razão da complexidade do tema e de sua relevância, deferi o pedido de ingresso na causa, feito pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), para atuar no processo como *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): A título de voto, propriamente, começo por afastar o pedido preliminar de não conhecimento da ação. Pedido preliminar de que "não há como se incluir a discussão política sobre descriminalização de drogas no âmbito de incidência do tipo penal" descrito no § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006. É que, mesmo sabendo prevalecente a doutrina de que o tipo penal em causa exige, para sua caracterização, o direcionamento da conduta de "induzir, instigar ou auxiliar" para um sujeito determinado, ou para um determinado grupo de pessoas[1], o fato é que o dispositivo agora posto em xeque tem servido de fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes. Eventos popularizados, ultimamente, com o nome de "marcha da maconha". Logo, trata-se de preceito portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. O que enseja o cabimento da aplicação da técnica de "interpretação conforme à Constituição", pleiteada pela acionante. Técnica essa que é um modo especial de sindicar a constitucionalidade dos atos do poder público. Especialidade que particularmente vejo como uma exclusiva "declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto", na qual "se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração" (**Gilmar Ferreira Mendes**, em *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, editora Saraiva, p. 267). Cuida-se, pois, de uma técnica de fiscalização

---

[1] "A primeira conduta – a de induzir – consubstancia-se de forma sutil, quando o agente incute em outrem a ideia de usar drogas, enquanto que o ato de instigar é menos sub-reptício, pois o ânimo do agente é claro e determinado. *É óbvio que os atos devem ser dirigidos à pessoa determinada, pois a divulgação de opinião favorável ao uso de drogas em público poderá configurar a apologia de crime* (CP, art. 287)." *Nova Lei Antidrogas comentada.* Crimes e regime processual penal. Isaac Sabbá Guimarães. Juruá Editora, 4. ed., 2010, p. 110. No mesmo sentido, Edemur Ercílio Luchiari e José Geraldo da Silva em *Comentários à nova Lei de Drogas*, Millenium, 2007, p. 53; Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira em *Lei de Drogas comentada*, Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 196.

de constitucionalidade que se marca por um mais reduzido teor de interferência judicial no dispositivo-objeto, pois sua real serventia não está na possibilidade de recusar eficácia a tal dispositivo-alvo, nem mesmo em sede cautelar; ou seja, a "interpretação conforme" nem se destina a suspender, nem a cassar a eficácia do texto-normativo sobre que se debruça. **Ela serve tão somente para descartar a incidência de uma dada compreensão – ou mais de uma – que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional tido por insurgente à Constituição. Que significação? Aquela – ou aquelas – em demonstrada *rota de colisão* com a Magna Carta**.

8. Supero, então, a preliminar de não conhecimento da ação. Quanto ao mérito, reitero o voto que proferi, recentemente, no julgamento da ADPF 187. Ocasião em que emiti as seguintes proposições:

> I – o direito de reunião é expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal, assim escrito: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local , sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente";
>
> II – desse dispositivo extrai-se a compreensão de que: a) ao fazer uso do pronome "todos", a Constituição quis expressar que o seu comando tem um âmbito pessoal de incidência da máxima abrangência, de sorte a não excluir ninguém da sua esfera de proteção; b) traduz-se o direito de reunião na faculdade de encontro corporal ou junção física com outras pessoas naturais, a céu aberto ou em via pública. Com a particularidade de ser um direito individual, porém de exercício coletivo (ninguém se reúne sozinho ou apenas consigo mesmo). Mais ainda, direito de conteúdo elástico, porquanto não restrito a esse ou aquele tema. Pelo que se constitui em direito-meio ou instrumental, **insusceptível de censura prévia**. Censura prévia que implicaria **matar**, no próprio nascedouro, não só esse direito-meio, como todos os direitos-fim com ele relacionados. Especialmente o direito à informação e de manifestação de pensamento (inciso IV do art. 5º da CF). Sem olvidar a liberdade de expressão e as diversas formas de seu exercício, inclusive a comunicacional (inciso IX do art. 5º da CF). Pensamento, expressão, informação e comunicação, tudo assim separadamente protegido e possível de concreto exercício por ocasião de uma passeata, um comício, um ato público. Sendo certo que todos esses direitos fazem parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional (incisos IV, XIII e XIV do art. 5º da CF).

9. Nessa mesma vertente de ideias, assento que vivemos, hoje, numa sociedade de informação e de comunicação, nessa ordem. Informação e comunicação como conceitos entrelaçados, portanto, em que o ser humano primeiro se informa para melhor se comunicar com os seus semelhantes. E o direito de reunião bem pode ser visto como especial veículo dessa busca de informação para uma consciente tomada de posição comunicacional.

10. Digo mais: ao fazer uso do fraseado "reunião pacífica", a Constituição remete o intérprete para o preâmbulo dela própria, Constituição, que faz da "solução pacífica das controvérsias" a base de "uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Donde se conclui que a única vedação constitucional, na matéria, direciona-se para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de violência física, armada ou beligerante. Daí surgir a seguinte questão: há, no caso de "marchas" ou manifestações coletivas que se voltam para o debate da descriminalização das drogas, ilícito penal a ser combatido pelo poder público? Ou se trata, na verdade, de um regular exercício das conjugadas liberdades constitucionais?

11. Para responder a esses questionamentos, valho-me do direito comparado acerca do alcance da liberdade de expressão, notadamente da Corte de Ontário, no Canadá. Ali se debateu o tema da proibição legal de distribuição de obra literária sobre o uso ilícito de droga, concluindo o Tribunal canadense, em tradução livre:

> A garantia de liberdade de expressão foi desenhada para garantir que as instituições sociais e a legislação criminal federal e suas variadas formas de proibidas condutas estejam sujeitas a constantes revisões mediante debates e discussões (...) Essa garantia abrange não apenas a literatura que promove ou enaltece o uso de drogas, mas também todo o discurso político que defenda a reforma das leis, os discursos religiosos e populares.[2]

12. No mesmo sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América já decidiu, a respeito do direito de reunião (*freedom of assembly*) que "a cidadania nos Estados Unidos não seria nada mais que um nome, se não trouxesse consigo o direito de discutir a legislação nacional, seus benefícios, vantagens e as oportunidades fornecidas aos cidadãos a partir dali"[3]. Direito de reunião cuja restrição foi expressamente proibida pela Primeira Emenda à Constituição daquele país, a saber:

> *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press;* **or the right of the people peaceably to assemble***, and to petition the Government for a redress of grievances.* [Sem destaques no original.]

Ou, em tradução livre:

> O congresso não deve fazer leis sobre o estabelecimento de uma religião, ou a proibição do seu livre exercício; ou diminuição da liberdade de expressão, ou da imprensa; ou **sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente**, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.

13. Com efeito, **não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização**. Noutras palavras, **quem quer que seja pode**

---

[2] Ontario Court (*General Division*), Ellen MacDonald J., Iorfida v. MacIntyre. Em 5 de outubro de 1994.

[3] *Caso Hague v. Committee for Industrial Organization*. Julgado em 5 de junho de 1939.

se reunir para o que quer que seja, nesse plano dos direitos fundamentais, desde que, óbvio, o faça de forma pacífica. Se assim não fosse, as normas penais estariam fadadas à perpetuidade, como bem lembrou o ministro Cezar Peluso, quando da discussão da referida ADPF 187. Perpetuidade incompatível com o dinamismo e a diversidade tanto cultural quanto política (pluralismo) da sociedade democrática em que vivemos. **Sociedade em que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade**. E o fato é que sem pensamento crítico não há descondicionamento mental ou o necessário descarte das pré-compreensões. Pré-compreensões que muitas vezes desembocam nos preconceitos que tanto anuviam e embrutecem os nossos sentimentos. Pelo que a coletivização do senso crítico ou do direito à crítica de instituições, pessoas e institutos é de ser estimulada como expressão de cidadania e forma de procura da essência ou da verdade das coisas. Quero dizer: só o pensamento crítico é libertador ou emancipatório, por ser eminentemente analítico, e o certo é que, sem análise crítica da realidade, deixa-se de ter compromisso com a verdade objetiva de tudo que acontece dentro do indivíduo e ao seu derredor. Logo: sem o pensamento crítico, ficamos condenados a gravitar na órbita de conceitos extraídos não da realidade, mas impostos a ela, realidade, a ferro e fogo de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, ou totalmente impermeável ao novo, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista, industriada e fechada para o novo, tudo ao mesmo tempo. Sendo inquestionavelmente certo que essa postura crítico-emancipatória do espírito é tanto mais tonificada quanto exercitada gregariamente, conjuntamente, enturmadamente. Sem falar que o direito de reunião, assim constitucionalmente exercitado a céu aberto e/ou em praça pública, tonificações dos princípios conteúdos da nossa e de toda democracia que se pretende moderna: o pluralismo e a transparência. O que já significa reconhecer aos espaços públicos baldios o seu clássico vínculo de funcionalidade com a democracia direta, tal como vivenciavam os antigos atenienses na ágora. Donde a conhecida música popular do poeta-cantor Caetano Veloso: "a Praça Castro Alves é do povo como o céu é do avião."

14. Também em contexto reflexivo desta natureza foi que deixei assentado no julgamento da ADPF 187: **nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode se blindar contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla e livre discussão dos seus defeitos e das suas virtudes**. Impedir o questionamento de qualquer lei equivale a negar a licitude da discussão de qualquer tema. Quando o certo é reconhecer que tudo é franqueado ao ser humano no uso da sua liberdade de pensamento, de expressão e de informação. No caso, direito que se exerce na companhia de outros indivíduos pelo modo mais ostensivo possível, para o fim de uma mais ampla discussão acerca da atualidade, utilidade e necessidade das leis criminalizadoras do uso de entorpecentes e drogas afins, notadamente a maconha. Mais que isso, direito de debater toda e qualquer política criminal em si.

15. De outra parte, é claro que há condicionantes ao exercício do direito constitucional de reunião. Uma delas é a necessidade de prévia comunicação às

autoridades competentes. Tudo com a preocupação de não frustrar o direito de outras pessoas de também se reunirem no mesmo local e horário. Sem embargo, nem mesmo a Constituição de 1967/1969, com seu viés autoritário, trouxe maiores limitações ao direito em causa. Daí a impossibilidade de restrição que não se contenha nas duas situações excepcionais que a presente Constituição Federal prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, I, *a*, e art. 139, IV).

16. Por fim, tenho que o direito de reunião, na forma em que concebido pela Constituição, constitui direito fundamental e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Isso porque a dignidade da pessoa humana alcança também a dimensão da conjunção humana de esforços, de inteligências, de energias, de ideias e de ideais, exatamente porque tal interação é de molde a concretizar com mais eficácia ainda o princípio daquela inata dignidade. Com suas naturais e robustas projeções no campo da cidadania, sabido que cidadania é qualidade do cidadão, e cidadão é o ativo habitante da cidade, naquele sentido de cidade-Estado, que não é centro senão o da originária pólis grega. Esse espaço aberto de primárias relações jurídicas entre governados e governantes, tão presentes no encarecido direito de reunião.

17. Por todo o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Pelo que dou ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 "interpretação conforme à Constituição" para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

18. É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes e estudantes, vou aqui reiterar o que já manifestei quando do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental da relatoria do eminente ministro Celso de Mello:

> A realização de manifestações ou eventos públicos nos quais seja emitida opinião favorável à descriminalização do uso de entorpecentes – ou mesmo de qualquer outra conduta – não pode ser considerada, *per se*, como apologia ao crime, por duas razões.

Aqui dou os mesmos motivos – já juntei em um longo voto escrito – e faço uma digressão sobre as razões e a importância da liberdade de expressão, de manifestação da sociedade. Entendo que a própria sociedade tem que criar a sua agenda social; não são as autoridades públicas que têm que criar essa agenda social.

À semelhança do que procurei estabelecer com prudência naquela votação, gostaria de reiterar que aquilo que o Supremo Tribunal Federal está procedendo nesta interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal é

afastar a incidência da criminalização nessas manifestações, com a prudência dos seguintes parâmetros:

> 1) trate-se de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;
>
> 2) não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização;
>
> 3) não haja consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público [é muito importante, para esclarecer à opinião pública que não haja consumo de entorpecentes na ocasião. É importante distinguir que essa marcha é apenas uma reunião para manifestar livremente o pensamento.];
>
> 4) não haja a participação ativa de crianças, adolescentes na sua realização.

Foi assim que votei na última oportunidade, também no sentido do voto do eminente relator, pela procedência do pedido.

É como voto, presidente.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para ressaltar alguns aspectos.

Venho de uma Justiça na qual o princípio da realidade tem eficácia maior, sobrepondo-se ao formal e ao que transparece ao primeiro olhar. Por que cito esse dado? Faço-o tendo em conta o dia a dia da vida em sociedade e a iniciativa constatada quando, acionando-se a Carta da República quanto a um princípio que aponto como maior, que é o garantidor da manifestação do pensamento e da expressão, busca-se, de alguma forma, sensibilizar os representantes do povo brasileiro e os senadores quanto à descriminalização, a legalização das drogas, e há a repressão policial, descambando para a persecução criminal, com propositura de ação quanto a manifestantes.

Por isso, não procede o que alegado pela Advocacia-Geral da União: que se teria envolvido preceito no Código Penal, do art. 287, no que versa a apologia do crime ou do criminoso. O dia a dia revela o contrário: que se tem empolgado esse dispositivo para levar às barras do Judiciário até mesmo aqueles que, de alguma forma, considerada a liberdade que apontei como qualificada, a expressão de pensamento, simplesmente propugnam o afastamento da ilegalidade quanto às drogas.

O elemento subjetivo do tipo é único, o dolo, quanto à apologia. Na manifestação pela legalização das drogas, não existe, de início, a apologia referida.

No espelho que recebi, e por isso tive o cuidado de folhear as peças que vieram juntas, está consignado que a Procuradoria-Geral da República se teria manifestado pelo conhecimento e pela improcedência da ação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Procedência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas não foi isso o que ocorreu. O parecer é pela procedência do pedido formulado na ação. De certa forma, estamos a poupar serviço ao ministro Celso de Mello, no que Sua Excelência é relator de arguição de descumprimento de preceito fundamental versando sobre a mesma matéria.

Creio que se trata de tema a ser realmente elucidado pelo Supremo, de forma linear, como ocorre no julgamento de processo objetivo.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: **Acompanho**, *integralmente*, o douto voto **proferido** pelo eminente ministro AYRES BRITTO, relator, **fazendo-o** *não apenas* com apoio nas razões enunciadas por Sua Excelência **mas**, *também*, **com suporte** nos fundamentos **por mim expostos** no julgamento plenário **da ADPF 187/DF**, relator o ministro CELSO DE MELLO, **em ordem a preservar**, *em favor de qualquer cidadão desta República*, **a integridade** do direito de reunião **e** da liberdade de manifestação do pensamento, *como convém* a uma sociedade estruturada **sob a égide** do princípio democrático.

É o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, gostaria de fazer algumas observações, até porque não participei do julgamento anterior a propósito desse tema.

Gostaria de destacar, como já fiz em outra oportunidade, que talvez a liberdade de reunião seja um desses direitos que demandem um tipo de reserva legal implícita. Em vários ordenamentos constitucionais, há previsão para leis sobre a liberdade de reunião, especialmente para a liberdade de reunião a céu aberto, por conta dos conflitos que esse exercício do direito enseja. Então, a possibilidade de conflitos, a possibilidade de tumulto, a possibilidade de desdobramentos reclama, talvez, disciplina ou regulação que o nosso texto constitucional não contemplou, a não ser a necessidade de que houvesse a comunicação à autoridade competente para fins de definição do local e, certamente, para a tomada de medidas ligadas ao poder de polícia, à segurança dos manifestantes e à possibilidade de deslocamento.

Todavia, diante de algumas colocações feitas pelo eminente relator, gostaria de manifestar alguma reserva mental. Aqui, me parece que nós estamos diante de direitos que têm dimensão – como a liberdade de expressão – democrático-funcional. São direitos básicos do próprio sistema democrático, o funcionamento do próprio sistema; são direitos individuais, mas são direitos organicamente também institucionais; dão uma dimensão, inclusive, participativa, como foi destacado por Sua Excelência.

Não me parece – e não me parece, inclusive, a partir de algumas premissas que nós assentamos no caso Ellwanger – que se possa extrair do texto constitucional que toda e qualquer reunião pode ser permitida. Acho que é fundamental que se discuta a questão, tendo em vista a dimensão em que está colocada, quer dizer, a possibilidade de eventualmente se discutir a descriminalização de um dado tipo, e, no caso específico, uma discussão que envolve a definição de uma política pública: liberação ou não das drogas. Nós sabemos, então, que há um debate quanto a isso. E até quem defende a descriminalização enquanto política pública não está defendendo o uso de droga; está defendendo eventual definição de uma política pública. Defende talvez até o combate ao uso de droga, mas por outros meios. É o juízo da inefetividade, tanto é que algumas cortes constitucionais já declararam, por exemplo, a inconstitucionalidade da criminalização do uso da maconha. Não é estranho que isso ocorra, tendo em vista um juízo de proporcionalidade.

Mas, vamos pensar alto que, neste contexto, as sociedades do mundo todo se movimentam, por exemplo, para a descriminalização de outras situações que são criminalizadas – o aborto, por exemplo, em muitos países foi descriminalizado a partir desse tipo de movimento. É razoável, portanto, que se lute contra o tipo de política que está estabelecida também com base na criminalização.

Voltando ao caso que mencionei, o caso Ellwanger, da prática de racismo, se nós traduzíssemos a liberdade de expressão, que foi objeto daquele debate, para o campo da liberdade de reunião, difundir aquelas ideias, atacar grupos numa praça pública poderia isso ser aceito?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): No meu voto eu já antecipei que não pode se tiver proposta beligerante, proposta de incitação, de instigação, de auxiliamento.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu depreendi do voto de Vossa Excelência que todos podem se...

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro, se Vossa Excelência me permite, no caso específico é a liberdade de manifestação do pensamento coletivo com relação à descriminalização da maconha, do uso da maconha.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Isso, o objeto é esse. E drogas, não em geral.

O sr. ministro Luiz Fux: Então, o objeto é a manifestação do pensamento em relação à descriminalização dessa prática. No exemplo dado agora, a simples reunião já se caracterizaria como crime de racismo.

O sr. ministro Celso de Mello: **O repúdio** ao "*hate speech*" **traduz**, *na realidade*, **decorrência** de nosso sistema constitucional, **que reflete**, *nesse ponto*, **a repulsa** ao ódio étnico **estabelecida** no próprio *Pacto de São José da Costa Rica*.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Às expressas, e a Constituição veda.

O sr. ministro Celso de Mello: Evidente, *desse modo*, que a liberdade de expressão **não** assume *caráter absoluto* em nosso sistema jurídico, **consideradas**, *sob tal perspectiva*, as cláusulas inscritas **tanto** em nossa própria Constituição **quanto** na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então, presidente, é importante que fique muito claro que nós estamos a julgar tão somente esta questão, que é objeto hoje de um debate aqui e alhures: a saber se, de fato, temos um tratamento adequado para essa questão angustiante das drogas, quer dizer, o uso, o combate. Tanto é que muitas sociedades já optaram não pela descriminalização completa, mas pelo menos pela descriminalização do uso – e nós mesmos estamos a fazer um certo experimentalismo institucional com a legislação nova a propósito do tema. Então, nesse contexto, é preciso circunscrever de forma muito clara o objeto, tanto da arguição de descumprimento de preceito fundamental quanto da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que não possamos extrair que a liberdade de reunião não contempla limites do ponto de vista substantivo.

Eu fico a imaginar, por exemplo, que um grupo qualquer – e nós sabemos que há esse tipo de organização hoje, pois a toda hora se noticia na internet – passasse a defender, presidente, sem querer chocar, a pedofilia, a descriminalização da pedofilia. E, aí, dir-se-ia: "É aceitável? Não é aceitável?" Como nós vamos operar com essa ideia se quisessem fazer uma reunião aqui na Praça dos Três Poderes com esse objetivo?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Descriminalização do homicídio.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não é? Então, é preciso substantivar esse debate.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Aí realmente a tese – que é a que está aqui consubstanciada e que coincide com a do ministro Celso de Mello e com a intervenção oral do ministro Cezar Peluso – é de que nenhuma lei pode se blindar contra discussão em praça pública do seu próprio conteúdo, dos seus méritos e de suas virtudes – aí eu faço os anteparos institucionais que estão aqui no voto.

O sr. ministro Celso de Mello: **Nada impede** *que correntes minoritárias*, reunindo-se publicamente **e** de modo pacífico, **possam** sugerir, *tratando-se da gravíssima questão da pedofilia*, **soluções** alternativas **que não somente** aquelas de natureza penal. **Nada impedirá**, *portanto*, que esses mesmos grupos expressem, *livremente*, as suas ideias, *que podem ser absolutamente conflitantes* com o pensamento majoritário, mas que constituem expressão de suas próprias convicções, **suscetíveis** de circulação nos espaços públicos *a todos assegurados* pelo modelo democrático *que rege* **e** *conforma* a própria organização institucional do Estado brasileiro.

Numa comunidade estatal concreta, **regida** pelo princípio democrático, ideias **não podem** ser temidas, *muito menos reprimidas*, **sob o falso argumento** de que hostilizam padrões morais ou culturais *hegemônicos* **consolidados** no âmbito de uma determinada formação social.

O que me parece irrecusável, senhor presidente, é que ideias devem ser combatidas *com ideias* **e não** sufocadas pelo exercício opressivo do poder estatal **ou** pela intolerância de grupos hegemônicos, partidários de uma "*Weltanschauung*", **vale dizer**, *de uma concepção de mundo* **dominante** na estrutura social.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): De uma censura prévia.

O sr. ministro Celso de Mello: **Quaisquer** pessoas **ou** grupos de pessoas **poderão** – *e terão esse direito* – de exprimir, em espaços públicos, *novas* ideias **e** *novas* propostas, **não** se podendo impedir, "*ex ante*", **a sua livre** circulação, **sob pena** de se estabelecer uma situação de domínio institucional, *por parte do Estado*, sobre o pensamento dos cidadãos, **notadamente** *sobre o pensamento crítico*.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Celso, com a devida vênia de Vossa Excelência, essas questões e esses *hard case*s, esses casos difíceis, sempre passam pelos princípios interpretativos materiais da Constituição. Acho que, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, essa é uma tese que não passaria nesse teste de forma alguma. Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação do pensamento, se admitisse uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E nesse caso se estaria até atentando contra a própria paz social, porque a pedofilia é uma violência contra a pessoa. Nós estamos no extremo oposto do espectro da manifestação de pensamento.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estamos todos de acordo. Estamos tentando elaborar os limites teóricos da discutibilidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É muito bem-vinda essa reflexão do ministro Gilmar Mendes, sem dúvida nenhuma.

O sr. ministro Celso de Mello: **Reconheço** que esses "*hard cases*", quando apreciados, **deverão** ser julgados **em face** dos princípios e valores **que informam** a ordem constitucional.

Isso **não** significa, *porém*, que o processo de interpretação constitucional possa **deformar** o significado das grandes prerrogativas **que a própria** Constituição da República estabeleceu **em favor** das pessoas em geral, **subvertendo**, *desse modo*, **vetores hermenêuticos e valores fundamentais** consagrados na ordem constitucional, mediante inaceitáveis manipulações interpretativas *que só fazem revelar* o propósito de impor *indevida submissão* da autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado à conveniência, aos desejos **e** às aspirações de grupos, núcleos **ou** estamentos majoritários.

Se isso se tornasse possível, *estar-se-ia absurdamente validando* a supressão *do discurso crítico* **e** *do pensamento livre*, **negando-se**, aos cidadãos desta República, **as virtudes** que derivam do modelo democrático **que inspira**, **que ilumina e que informa a própria** organização institucional do Estado brasileiro.

A proteção jurisdicional das liberdades fundamentais de reunião **e** de manifestação do pensamento **não significa**, *contudo*, autorização para que práticas criminosas sejam cometidas...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Está bem circunscrito.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Se Vossas Excelências me permitem, um debate que tenho acompanhado com bastante interesse, por razões acadêmicas, é o que se trava em torno dos fármacos que inibem a obesidade, sobretudo a obesidade mórbida. Como nós sabemos, a Anvisa, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, proibiu a comercialização de determinados fármacos, determinados produtos que continham certa substância, mas a comunidade médica levantou-se em protesto, veiculando o seu pensamento pelos jornais e pela internet, dizendo que não há nenhum risco à saúde. Portanto, remédios proibidos pela Anvisa são também – e podem ser considerados – entorpecentes, produtos, substâncias proibidas, mas não se pode exatamente vedar esse contraponto a que aludem os eminentes ministros Celso de Mello e relator no sentido de se discuta, até em sede acadêmica, o contraponto à própria ação do Estado, que veda determinadas condutas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente, esse é o ponto para o qual gostaria de chamar a atenção. Sabemos que afirmar que a defesa de determinadas ideias – por exemplo, a descriminalização do uso de drogas ou a sua eventual comercialização como política criminal – já constituiria apologia do crime, levaria até mesmo à impossibilidade de uma eventual revisão dessa legislação numa sociedade estruturada democraticamente. Nós sabemos como essas ideias começam a circular. Nós teríamos aí verdadeiramente uma aporia; há escolhas hoje de modelos legislativos os mais diversos em torno desse assunto.

Agora, sentar praça que a liberdade de reunião como tal não está submetida a limitações – e aí eu chamo a atenção, por exemplo, para esse caso conexo, o caso do racismo ou do antissemitismo –, parece-me, provoca o risco de, primeiro, produzirmos uma decisão que não vai guardar coerência com aquilo que afirmamos no caso Ellwanger; em segundo lugar, vai permitir algo que nós consideramos inclusive crime, porque a discussão no caso Ellwanger envolvia o reconhecimento de que o antissemitismo praticado daquela forma configurava uma forma de racismo. Neste caso, trata-se de um tipo penal decorrente do que chamam um mandato de criminalização: é o texto constitucional que determina.

Talvez seja preciso ter um certo cuidado para deixar isso claro, a fim de que, a partir de fundamentos determinantes, não se extraia que há a possibilidade de um direito de características ilimitadas.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, na oportunidade da votação da denominada "marcha da maconha", nós tivemos ocasião de destacar que a liberdade de expressão também funciona como um mecanismo de controle dos abusos do Estado, uma vez que é tênue a linha divisória entre a manifestação de pensamento legítima e aquela inadmissível, de modo que, para a proteção do discurso legítimo, é recomendável que as expressões de pensamento, em princípio,

sejam livres. Então, o acréscimo à manifestação de pensamento legítimo talvez atenda ao que Vossa Excelência quer ponderar ou estabelecer como parâmetro, para que não haja uma carta de alforria que permita reuniões que extravasem, como disse o ministro Lewandowski, os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu acho que a preocupação do ministro Gilmar Mendes – quero crer – ficará atendida se disséssemos assim: donde se concluir que a única vedação constitucional na matéria se direciona para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de apologia ao crime, de violência física armada ou beligerante. Eu acho que sintoniza com o voto do ministro Celso de Mello – quero crer.

O sr. ministro Celso de Mello: **Há limites** que, **fundados** *na própria* Constituição, **conformam** o exercício do direito à livre manifestação do pensamento, **eis que** a nossa Carta Política, **ao contemplar** determinados valores, *quis protegê-los* de modo amplo, **em ordem a impedir**, por exemplo, *discriminações atentatórias* aos direitos e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), *a prática do racismo* (**CF**, art. 5º, XLII) **e** *a ação de grupos armados* (civis ou militares) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (**CF**, art. 5º, XLIV).

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não, de nenhum modo.

O sr. ministro Celso de Mello: As leis são *essencialmente* revogáveis. O que me parece importante é não permitir que a livre manifestação de ideias fique subordinada a determinados conceitos **impostos** pela autoridade pública.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu concordo. Podemos, ministro Celso de Mello e ministro Gilmar Mendes – e é o que proponho –, nos limitar ao pedido feito pelo Ministério Público. A procuradora está aqui.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É isso o que estou dizendo; é deixar muito claro que o *Leitmotif* da provocação é tão somente discutir o exercício da liberdade de reunião em torno das propostas ou defesa de eventual não criminalização associada ao uso ou entrega de drogas ou estupefacientes, mas que isso não se estenda.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É porque podem surgir situações, que serão resolvidas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Até porque – voltando ao caso Ellwanger –, volto a dizer, é um paradigma para nós, nós mesmos afirmamos que o § 1º do art. 220 segue, na verdade, a redação da primeira emenda; quer dizer, nenhuma lei conterá dispositivo (o que nós logramos formular) que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É interessante, mas também estende ao direito de reunião. Nenhuma lei pode conter nada sobre direito de reunião, na primeira emenda.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, observado o disposto – portanto se fez um tipo de reserva qualificada – no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas isso foi *a posteriori*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não, não é *a posteriori* observado.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Sim, para conciliar.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que significa o direito de resposta, a inviolabilidade à liberdade de consciência e crença, a livre manifestação de pensamento:

> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)
> (...)
> XIII – é livre o exercício de trabalho, ofício ou profissão (...)
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação (…)

Veja o próprio texto constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas manda observar, ministro – aí nós vamos reabrir aquela discussão – depois de desfrutado o direito à liberdade de informação jornalística; senão, é censura prévia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é outra discussão. O que o texto diz é nenhuma lei, observados esses parâmetros. Logo, a legislação pode, inclusive, criminalizar.

O crime contra a honra, o que é? Nesse caso, o texto constitucional deu essa disciplina.

Eu gostaria, presidente, de fazer essas ressalvas, porque, sobretudo diante de passagens que eu ouvi do bem elaborado voto do eminente relator, pode-se isoladamente depreender que esse direito não comportaria limites de índole material. Esse tipo de interpretação, a meu ver, não é compatível, sobretudo porque numa interpretação sistêmica nós não podemos dissociar a interpretação que fazemos, por exemplo, da liberdade de expressão – aqui é liberdade de imprensa, que é uma de suas manifestações – da própria liberdade de reunião, que, na verdade, em determinada medida, potencializa, funcionaliza a própria ideia de liberdade de expressão; pessoas reunidas expressam uma dada concepção num dado espaço aberto.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar Mendes, com a devida vênia, a Corte está muito adstrita àquilo que foi pleiteado, ou seja, para que não houvesse a criminalização da manifestação da expressão no sentido da descriminalização do uso da maconha.

Não houve aqui um pedido genérico no sentido de que fosse possível a manifestação de expressão e pensamento sobre a descriminalização de qualquer e toda conduta. Foi nesse caso específico.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não voto nada além do que disse o ministro Celso de Mello. Está na mesma linha do voto do ministro Celso de Mello, apenas com outras palavras.

O sr. ministro Luiz Fux: Essa preocupação surgiria se houvesse uma pretensão genérica de não se considerar apologia ao crime – que é, em si, um crime – o pleito de descriminalizar toda e qualquer conduta, mas aqui está muito adstrita.

O sr. ministro Celso de Mello: A matéria, neste caso, por mais abrangente, **não** se restringe à substância canábica, **alcançando** *outras drogas*, **considerados**, *especificamente*, **os limites materiais** do pedido **que se formulou** em face da regra inscrita **no § 2º** do art. 33 da Lei 11.343/2006.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Isso, de drogas, não é maconha. Aqui é mais do que a maconha; no outro foi específico, aqui não.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro Gilmar, Vossa Excelência concluiu seu voto?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, eu gostaria, portanto, de fazer essa ressalva, lembrando que nós estamos também a invocar o próprio texto constitucional, inciso XLIII do art. 5º, que estabelece um mandado de criminalização do chamado "tráfico ilícito de drogas", mas é óbvio que isso dependeria da disciplina que a legislação viesse a adotar.

O pano de fundo é uma discussão sobre política pública, que de quando em vez surge. Um exemplo é o debate em relação ao aborto. Muitas vezes se diz que não se está a defender o aborto, mas a criminalização faz com que haja uma desinformação ou que pessoas, depois, lancem mão de expedientes escusos, pois não têm o auxílio necessário da rede hospitalar do sistema de saúde e, por isso, acabam sendo vítimas de arapucas existentes, do charlatanismo e tudo o mais; quer dizer, o debate não está simplesmente na defesa do aborto, mas é um debate de saúde pública.

O sr. ministro Celso de Mello: *Realmente*, **a discussão** sobre o denominado "*safe abortion*", **objeto** de algumas deliberações **tomadas**, *na década de 1990*, **no âmbito** *de diversas* conferências internacionais (**como** a Conferência do Cairo, a Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos **e** a 4ª Conferência sobre os Direitos da Mulher, **realizada** em Pequim, *por exemplo*), **objetiva definir** a posição da comunidade internacional, **e de cada** Estado nacional, **a respeito** das medidas **que devem** ser adotadas **no contexto** de políticas públicas em matéria de saúde, **a significar** que o tema *do aborto seguro* tem sido considerado **na perspectiva** do debate em torno da defesa e proteção da própria saúde pública **e**, *também*, do reconhecimento *dos direitos sexuais e reprodutivos* da mulher.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ao aborto seguro, para aqueles que façam essa escolha. Então, aqui também a discussão é de política pública adequada para lidar com esse seriíssimo fenômeno social.

Então, pedindo todas as vênias ao eminente relator, que acredito estar sendo coerente inclusive com o voto proferido no caso Ellwanger, no qual Sua

Excelência dizia que não via também possibilidade de impor limites, eu pediria para rememorar o caso Ellwanger.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): No caso Ellwanger, eu e o ministro Marco Aurélio votamos vencidamente, mas de modo coincidente. O antissemitismo é crime, e não negamos isso, absolutamente. Agora, nós achamos que, naquele caso, não havia incitação ao antissemitismo; não concordávamos com muita coisa do que estava ali escrita, mas entendíamos que a matéria estava contida nos limites dessa liberdade de exprimir o pensamento. Não fizemos por nenhum modo a rejeição da ideia-força de que o antissemitismo há de ser tido como crime.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vou concordar com Sua Excelência quanto à parte dispositiva, mas vou fazer essas ressalvas quanto aos fundamentos, pelo menos daquilo que eu apreendi e depreendi do voto de Sua Excelência.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também não tenho muito para acrescentar depois de discussão tão elevada, com ideias tão brilhantes. Vou concordar com o voto do eminente relator, porque não divisei nada que, de algum modo, contrarie minha opinião a respeito, que, de certo modo, coincide com o que disse o ministro Gilmar Mendes.

Sou, teoricamente, contrário a toda ideia que envolva caráter absoluto. As coisas não têm, de regra, caráter absoluto; dependem muito de circunstâncias. A vida como direito, ela mesma não é em si absoluta. Os sistemas jurídicos reconhecem que é possível seja subtraída legitimamente em dadas circunstâncias.

Acho que a temática discutida põe em jogo a questão do perfil da liberdade de reunião como instrumento da liberdade de opinião, de expressão de pensamento e, no caso, especificamente, a da opinião favorável à descriminação de condutas. A mim me parece, com o devido respeito, que esse perfil depende dos limites jurídico-constitucionais da discutibilidade desse objeto.

Tenho que é impossível sustentar-se a liberdade de reunião para efeito de manifestação de pensamento, quando a descriminação da conduta signifique uma autorização ou uma legitimação automática para prática de atos ofensivos a direitos fundamentais e a condições básicas de convivência ética e de convivência democrática, e cujo exemplo extremo, que demonstra bem os limites a que a discussão pode chegar, seria garantir a liberdade de discutir e opinar favoravelmente à descriminação do homicídio!

Então, parece-me que existe, no tema, uma relatividade, que é sempre teórica, porque não é possível, a meu ver, traçar em abstrato todos os limites dessa liberdade. Nós devemos examinar caso por caso e apurar se a discutibilidade da questão da descriminação não vai resultar numa outorga ou numa proposta de outorga de legitimidade a certos atos que repugnariam à consciência

democrática, à consciência coletiva, ao próprio sistema jurídico-constitucional de um país civilizado.

Acho que neste caso, não, porque a questão da política das drogas é hoje questão – aliás, não é de hoje, é de há muitos anos – discutível no sentido de não significar necessariamente, em caso de descriminação, autorização para a prática de atos capazes de vulnerar direitos fundamentais e direitos individuais, nem de atentar contra a própria estruturação da sociedade e da convivência ética democrática. É questão aberta!

Com esse registro, eu também acompanho integralmente o belíssimo voto de Sua Excelência, que reafirma votos já proferidos no mesmo sentido.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.274/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradora-geral da República. Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União) e Congresso Nacional. *Amicus curiae*: Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP (Advogados: Mauro Machado Chaiben e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação direta para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Impedido o ministro Dias Toffoli. Falou, pelo Ministério Público Federal, a vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros 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, 23 de novembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.661 — DF

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Requerente: Democratas – DEM — Interessado: Presidente da República

Ação direta de inconstitucionalidade – Decreto – Adequação. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade.

Tributo – IPI – Alíquota – Majoração – Exigibilidade. A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – art. 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no art. 150, III, *c*, da Constituição Federal.

Ação direta de inconstitucionalidade – IPI – Majoração da alíquota – Princípio da anterioridade nonagesimal – Liminar – Relevância e risco configurados. Mostra-se relevante pedido de concessão de medida acauteladora objetivando afastar a exigibilidade da majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados, promovida mediante decreto, antes de decorridos os noventa dias previstos no art. 150, III, *c*, da Carta da República.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em conceder a liminar, com efeito *ex tunc*, vencido no ponto o ministro Marco Aurélio (relator), que emprestava eficácia *ex nunc*, em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 20 de outubro de 2011 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

> O Democratas (DEM) questiona a constitucionalidade do art. 16 do Decreto 7.567, de 15 de setembro de 2011, que "regulamenta os arts. 5º e 6º da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011, os quais dispõem sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) em favor da indústria automotiva, e altera a Tabela de Incidência do IPI (TIPI), aprovada pelo Decreto 6.006, de 28 de dezembro de 2006". O preceito atacado prevê a entrada em vigor do ato normativo na data da publicação.
>
> Inicialmente, afirma o caráter autônomo do decreto, sendo passível de impugnação mediante ação direta. Assevera a contrariedade da norma atacada ao art. 150, inciso III, alínea *c*, da Carta da República, segundo o qual é vedado ao

poder público cobrar tributos "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea *b*". Conforme aduz, a majoração da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados deve guardar observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, pois o mencionado tributo não está arrolado nas exceções previstas no art. 150, § 1º, do Diploma Maior. Defende a obrigatoriedade de incidência do prazo de espera de noventa dias, ocorrendo o aumento quer mediante lei, quer por meio de ato infralegal. Anota ser essa a interpretação harmônica com os postulados da não surpresa e da legalidade tributária, pois descaberia interpretar a Constituição Federal de modo a conferir à administração pública poderes superiores aos atribuídos ao próprio Congresso Nacional.

O preceito atacado tem a seguinte redação:

> Art. 16. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Ante a urgência, requer, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868, de 1999, a concessão de medida acauteladora, sem a audição da Presidência da República, para suspender, com efeitos retroativos, a vigência do Decreto 7.567, de 2011, e assegurar o respeito ao princípio da anterioridade.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Trago este processo para exame do pedido de concessão de medida acauteladora, acionando o art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, presente a excepcional urgência, a relevância da causa de pedir lançada na inicial e o risco de manter com plena eficácia os dispositivos atacados, aptos a submeter diversas empresas do País à cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados, sem respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Atentem para a organicidade do direito. Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 42, de 2003, a majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não se sujeitava ao princípio da anualidade, sendo autorizada a arrecadação a partir da publicação do ato normativo. Versado, no art. 153, IV, da Carta da República, esse imposto estava alcançado pelas exceções previstas à vedação do art. 150, III, *b*, a dispor que a cobrança de tributos não pode ocorrer no mesmo exercício financeiro no qual publicada a lei que os instituiu ou os aumentou. Eis a redação anterior do § 1º do art. 150 da Carta Federal:

> Art. 150. (...)
> (...)
> § 1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II.

Reforma tributária promovida pelo constituinte derivado alargou o âmbito de proteção dos contribuintes e estabeleceu nova restrição ao poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios. Acrescentou-se a alínea *c* ao inciso III do art. 150 do Diploma Maior, com ampliação da incidência do princípio da

anterioridade nonagesimal, antes restrita à cobrança das contribuições sociais (art. 195, § 6º).

No tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados, o tratamento foi singular. Na redação conferida ao art. 150, § 1º, da Carta Federal, continuou o imposto excepcionado da incidência do princípio da anterioridade anual, mas não da anterioridade nonagesimal. Transcrevo os dispositivos em comento:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> III – cobrar tributos:
> (...)
> b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
> c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea *b*;
> (...)
> § 1º A vedação do inciso III, *b,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.
> (...)
> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> (...)
> IV – produtos industrializados;
> (...)
> § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

O princípio da anterioridade representa garantia constitucional estabelecida em favor do contribuinte perante o poder público, norma voltada a preservar a segurança e a possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias. Destina-se a assegurar o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte possa elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa.

Assim, o art. 16 do Decreto 7.567, de 2011, ao prever a imediata entrada em vigor de norma que implicou o aumento da alíquota de Imposto sobre Produtos Industrializados, contrariou, a mais não poder, o art. 150, III, *c*, da Carta da República. A possibilidade de acréscimo da alíquota do IPI mediante ato do Poder Executivo, em exceção ao princípio da legalidade – Constituição Federal, art. 153, § 1º –, não afasta a necessidade de observância ao postulado da anterioridade nonagesimal. Por revelar garantia do contribuinte contra o poder de tributar, esse princípio somente pode ser mitigado mediante disposição constitucional expressa, o que não ocorreu em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

A Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática. O permissivo por meio do qual se autoriza o uso de ato infralegal para a modificação da

alíquota não confere ao Executivo poderes mais amplos do que os atribuídos ao Congresso Nacional, até mesmo porque, nos termos do art. 153, § 1º, do Diploma Maior, são exercidos nas condições e limites estabelecidos em lei. Apesar do inegável aspecto extrafiscal do IPI, a atividade do contribuinte é desenvolvida levando em conta a tributação existente em dado momento, motivo pelo qual a majoração do tributo, ainda mais quando pode efetivar-se em até trinta pontos percentuais, deve obedecer aos postulados da segurança jurídica e da não surpresa.

O art. 10 do Decreto 7.567, de 2011, resultou no aumento da alíquota do referido imposto sobre os produtos industrializados indicados no respectivo Anexo V, sejam eles produzidos no Brasil, sejam no exterior. Simultaneamente, o ato do Poder Executivo reduziu a alíquota, no mesmo percentual, para os produtos produzidos no País com as condições especificadas no ato normativo.

Ante o quadro, suspendo a vigência do art. 16 do Decreto 7.567, de 15 de setembro de 2011, no que encerra a possibilidade de exigir-se a observação das alíquotas majoradas do Imposto sobre Produtos Industrializados antes de decorridos os noventa dias previstos na alínea *c* do inciso III do art. 150 da Constituição Federal. É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: O tema sob exame gravita em torno de um novo fenômeno exsurgente do pós-positivismo, que transfigurou o contribuinte de objeto de tributação para sujeito de direitos. Esse é o novo estatuto do contribuinte do qual emerge a regra que veda a surpresa fiscal, consectário maior do princípio da segurança jurídica no âmbito do direito tributário.

Com efeito, o valor da segurança jurídica no âmbito do direito tributário é tutelado por diversas vertentes. Em primeiro lugar, quanto ao *passado*, protege-se o contribuinte quanto aos efeitos tributários dos atos por ele já praticados, que não podem ser tocados pela lei nova por força do princípio da irretroatividade da lei tributária (CF, art. 150, III, *a*). E, em segundo lugar, agora em relação ao *futuro*, assegurando que a perspectiva de modificação do regime jurídico tributário não atingirá de modo brusco o planejamento inerente às atividades econômicas e sociais submetidas à tributação, notadamente através das regras da anterioridade clássica (CF, art. 150, III, *b*), da noventena constitucional (CF, art. 150, III, *c*) e da anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º), todas as três caracterizando expressões do *princípio da não surpresa tributária* (XAVIER, Alberto. Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 147, dez./2007, p. 9-10).

A doutrina distingue a *anterioridade nonagesimal*, que atua onde não há lugar para a anterioridade clássica, como é o caso do art. 195, § 6º, da CF, relativo às contribuições da seguridade social, da *noventena constitucional*, prevista no art. 150, III, *c*, da CF, que age não em substituição à anterioridade clássica, mas sim em complementação a ela, em *reforço da confiança legítima* e do *princípio*

da não surpresa do contribuinte, assegurando o prazo inafastável de noventa dias justamente para as hipóteses em que o poder público, a pretexto de formalmente cumprir a anterioridade clássica, acaba por editar lei tributária após 3 de outubro de determinado ano, de modo que, caso ausente esta última garantia, restaria substancialmente abalado o princípio da segurança jurídica (RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126 et seq.).

Há casos, porém, em que a referida distinção teórica entre a noventena constitucional e a anterioridade nonagesimal perde a utilidade prática, já que idôneas a produzirem exatamente os mesmos efeitos. Tais casos se referem aos tributos que não devem observar a anterioridade clássica (CF, art. 150, III, *b*), mas, ainda assim, devem observar a *noventena constitucional* (CF, art. 150, III, *c*); quanto a estes tributos, portanto, simplesmente *não há traço qualquer distintivo de monta* entre os conceitos de *noventa constitucional* e *anterioridade nonagesimal*.

É justamente este o regime do IPI. Com efeito, a teor da parte inicial do art. 150, § 1º, da CF, o IPI não tem de observar a anterioridade clássica, prevista no art. 150, III, *b*, da CF, em razão da marcante finalidade extrafiscal do tributo, "responsável pela regulação do mercado, pelo desenvolvimento de certas atividades e pela inibição de consumos, bem como pela função equalizadora que exerce na incidência sobre o comércio internacional, tanto na importação quanto na exportação", intrinsecamente dependente da rapidez na alteração das regras tributárias (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV, p. 177). Contudo, este mesmo imposto se submete à cláusula constitucional instituída pela Emenda Constitucional 42/2003 no art. 150, III, *c*, que veda a cobrança de tributos "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea *b*", de vez que não mencionado o IPI nas exceções que a parte final do art. 150, § 1º, da CF prevê com relação à referida garantia. Por detrás de tal regime jurídico, reside a consideração de que "o grau de urgência das políticas econômicas prosseguidas através deste tributo se situa a meio caminho entre a estabilidade e a imediatidade, não devendo aguardar o início do exercício financeiro seguinte, mas também não devendo deixar de oferecer ao contribuinte um período razoável de adaptação" (XAVIER, Alberto. Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal. In: *Revista dialética de direito tributário*, n. 147, dez./2007, p. 11).

Esse regime de *parcial* proteção à não surpresa é compartilhado com outros tributos disciplinados na Constituição Federal, que seguem a mesma lógica de submissão apenas à noventena constitucional, como o ICMS monofásico sobre combustíveis e lubrificantes (CF, 155, § 4º, IV, *c*) e a CIDE-combustíveis (CF, art. 177, § 4º, I, *b*). Além disso, o regime é substancialmente o mesmo a que se submetem as contribuições sociais da seguridade social, conforme disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

Em última análise, portanto, nos casos em que a noventena constitucional *não é expressamente* afastada pelo constituinte, *impõe-se reconhecer sua incidência como emanação do princípio da não surpresa*, apesar de respeitável opinião doutrinária em sentido contrário, fundada na premissa de "a noventena (art. 150, III) operar dentro dos limites da anterioridade (art. 150, III, *b*), a qual se afasta do IPI" (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV, p. 177), o que, com a devida vênia, é superada com a interpretação a *contrário sensu* da redação do art. 150, § 1º, da CF. Nesse sentido se manifestam autores de renomada autoridade, como RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126-7; e, do mesmo autor, *A segurança jurídica do contribuinte*: Legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 216-7; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: Metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: RT, 2011. p. 420; PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295; e ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário.* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 158.

Por fim, o argumento literal que a petição inicial reputa como subjacente à edição do ato normativo impugnado, evidentemente, não se sustenta. A atuação do Poder Executivo no que concerne à alíquota do IPI é prevista, inicialmente, no art. 153, § 1º, da Constituição Federal (CF, art. 153, IV, c/c § 1º). Tal regime, como se sabe, é esmiuçado pelas disposições constantes do Decreto-Lei 1.199/1971 e da Lei 10.451/2002. Assim, muito embora encontre balizas legais, o conteúdo de tal ato normativo é dotado da mesma força cogente, abstração e generalidade de que uma lei que *alterasse* a alíquota do IPI se revestiria. E se ambos os atos do poder público podem igualmente *alterar* as alíquotas de determinado tributo, em clara exceção ao princípio da reserva legal (CF, art. 150, I), simplesmente não há motivo para distinguir os dois instrumentos formais no que concerne à incidência da garantia constitucional da noventena.

Assim, muito embora a Constituição Federal aluda apenas à "lei" no art. 150, III, *c*, o vocábulo deve ser necessariamente interpretado como *lei em sentido material*, isto é, como qualquer ato dotado de generalidade e abstração que seja constitucionalmente autorizado a instituir ou aumentar tributos, no que se inclui, evidentemente, também o ato do Poder Executivo fundado no art. 153, § 1º, da CF, como leciona XAVIER, Alberto. Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal. In: *Revista dialética de direito tributário*, n. 147, dez./2007, p. 14. Entender de modo contrário conduziria ao absurdo resultado de restringir o âmbito de incidência de outras limitações constitucionais ao poder de tributar, como a *irretroatividade tributária* (CF, art. 150, III, *a*) e a *anterioridade clássica* (CF, art. 150, III, *b*), apenas aos ataques que lhe fossem praticados pela lei em sentido formal, tornando-se assim

desguarnecidas caso as alterações das regras tributárias fossem feitas, nas hipóteses constitucionalmente previstas, por ato do Poder Executivo.

Neste contexto, a preservação da ordem constitucional no presente caso reclama a concessão de *efeitos retroativos* ao deferimento da presente medida cautelar, como autorizado pelo art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999. De fato, e notadamente diante da célere provocação desta Suprema Corte para apreciar o tema, os efeitos da presente decisão devem remontar a 16 de setembro de 2011, data de edição do Decreto 7.567/2011, assegurando-se, assim, a higidez do direito fundamental dos contribuintes à noventa constitucional, de modo a postergar a eficácia da majoração de alíquota instituída pelo decreto ora impugnado para somente após o término do prazo referido no art. 150, III, *c*, da CF. Nesse sentido foram proferidos diversos precedentes, igualmente fazendo retroagir no tempo os efeitos de medida cautelar diante do risco de ineficácia do provimento desta Suprema Corte (ADI 2.105-MC, rel. min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, julgado em 23-3-2000, *DJ* de 28-4-2000; ADI 2.661-MC, rel. min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, julgado em 5-6-2002, *DJ* de 23-8-2002; ADI 1.610-MC, rel. min. *Sydney Sanches*, Tribunal Pleno, julgado em 28-5-1997, *DJ* de 21-11-1997; ADI 596-MC, rel. min. *Moreira Alves*, Tribunal Pleno, julgado em 11-10-1991, *DJ* de 22-11-1991).

Com esses argumentos, senhor presidente, e seguindo o percuciente voto do ministro Marco Aurélio, eu acompanho Sua Excelência.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, no dia 30 de abril de 2003, pela Exposição Interministerial 84 do Ministério da Fazenda e da Casa Civil, foi encaminhada pela Presidência da República ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional que recebeu o número 41 na Câmara dos Deputados. O texto original dessa proposta de emenda constitucional não continha a redação do que hoje é a alínea *c* do inciso III do art. 150 da Constituição Federal. Esse dispositivo não constou da proposta original encaminhada pelo presidente da República.

Ao longo dos debates que houve no Congresso Nacional durante a tramitação daquela emenda, que historicamente tive a oportunidade de acompanhar, foi debatida exatamente, por parte do Congresso Nacional, na Emenda 58 à proposta de Emenda Constitucional 41 – emenda essa subscrita pelo deputado Carlos Eduardo Cadoca, do Estado de Pernambuco – que propôs a introdução da alínea *c* no inciso III do art. 150 da Constituição. Nos debates que ocorreram entre os parlamentares e o Poder Executivo, à época, foi acordada a aprovação dessa Emenda 58, do deputado Cadoca, exatamente para introduzir quanto ao IPI – dada essa possibilidade de alteração do IPI por decreto – a chamada "noventena". Isso está subscrito à p. 112 do relatório do relator da proposta de

Emenda Constitucional 41 na Câmara dos Deputados, o nobre deputado Virgílio Guimarães, de Minas Gerais, e ele diz o seguinte quanto a esse dispositivo:

> Investimos mais ainda na ampliação da **proteção aos contribuintes**, com o princípio da **noventena** como parâmetro adicional da anterioridade tributária, válido inclusive para o IPI, enriquecendo o atendimento ao princípio da não surpresa do contribuinte.

Portanto, isso foi acordado para que a emenda constitucional fosse aprovada no Congresso Nacional. Trago esses elementos à reflexão porque são importantes dados de ordem histórica para o debate.

Também trago aqui à colação a Nota 555 da Subchefia para Assuntos Jurídicos, da Casa Civil da Presidência da República, do ano de 2006, subscrita pelo assessor jurídico Diogo Caldas Rivas de Simone, de 9 de março de 2006 – Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, de que já tive a honra de estar à frente, assim como os eminentes ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Essa nota, de 9 de março de 2006, no seu item 20, em relação à proposta de decreto encaminhada àquela época pelo ministro da Fazenda à Casa Civil, dizia o seguinte:

> 20. Especificamente a este respeito, cumpre lembrar que a Emenda constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, previu, ao lado e cumulativamente à anterioridade em exercício, a anterioridade mínima de 90 (noventa) dias para a incidência de leis que instituem ou majoram tributos. A Emenda constitucional n. 42 estabeleceu como exceções à anterioridade mínima apenas as constantes da nova redação do § 1º do art. 150 da Constituição Federal, não fazendo qualquer referência ao imposto sobre produtos industrializados. Assim, embora excepcionado da observância de anterioridade de exercício, o restabelecimento das alíquotas do imposto sobre produtos industrializados em relação àqueles produtos terá de se submeter à anterioridade mínima do art. 150, III, *c*, da Constituição Federal (...).

Tratava-se exatamente de um decreto para se aumentar as alíquotas do IPI, e a Subchefia devolveu essa proposta de decreto ao Ministério da Fazenda exatamente sob esse argumento.

Portanto, senhor presidente, trazendo esses registros históricos, parece-me que realmente procede o argumento do partido autor da ação direta de inconstitucionalidade no sentido de se submeter à anterioridade nonagesimal o aumento das alíquotas de IPI, mesmo que por decreto da presidente da República.

Portanto, com essas considerações, também subscrevo os demais argumentos trazidos pelo eminente relator e pelo ministro Luiz Fux, concedendo a liminar.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, só uma pequena observação.

Em relação a esse caso, talvez, tendo em vista que a norma de não incidência se aplica num prazo extremamente angusto, de noventa dias, e como a própria Lei 9.868 faculta, talvez devêssemos pensar numa liminar com eficácia *ex tunc*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Aplicar de imediato, *ex tunc*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): *Ex tunc*?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Por pura economia processual mesmo, para evitar que haja batalhas judiciais em torno do mês já decorrido.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Os votos proferidos até agora não fizeram nenhuma ressalva quanto a isso, pressupondo-se, portanto, que a eficácia é *ex tunc*.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Em geral a liminar é com eficácia *ex nunc*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: *Ex nunc*. A liminar em geral é *ex nunc*.

O sr. ministro Luiz Fux: Pela lei é *ex nunc*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: *Ex nunc*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Agora, como passou-se um mês...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas esse caso aqui é específico.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Já tem um mês decorrido.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Também, senhor presidente, acompanho o ministro relator, enfatizando o ministro Marco Aurélio, que lembrou bem o princípio da não surpresa. Eu digo, ministro, que, em matéria tributária no Brasil, o princípio do não susto já seria bem-vindo, porque aqui é uma trepidação permanente.

Também acompanho o relator para suspender e, se for recolocado, estávamos comentando exatamente a questão do período que já se passou e que poderia ter produzido algum efeito. Mas acompanho às inteiras o voto do eminente relator.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, a Constituição da República, na segunda parte do art. 150, § 1º, ao enumerar os tributos que não se sujeitam à anterioridade nonagesimal, em silêncio eloquente, deixou de incluir no rol que explicita exatamente o imposto previsto no art. 153, IV, que é o IPI.

Embora, a meu ver, as majorações do IPI não estejam submetidas ao princípio da anterioridade simples, que é o princípio que alguns chamam de anualidade, exatamente por se tratar de um imposto que tem um caráter forte de

extrafiscalidade, elas devem observar, a meu juízo, o prazo de noventa dias para que essas majorações entrem em vigor.

Há um argumento forte e que impressiona, que foi veiculado da tribuna, no sentido de que o Decreto-Lei 1.199/1971 teria estabelecido certas balizas dentro das quais seria facultado ao Executivo, à administração, por meio de decreto, majorar as alíquotas, independentemente desse prazo de noventa dias. Mas exatamente, com fundamento neste silêncio eloquente, o art. 150, § 1º, da Constituição, em sua segunda parte, eu entendo que, mesmo para alterar o IPI ou majorar o IPI dentro dessas balizas, o prazo nonagesimal deve ser observado.

Portanto, senhor presidente, eu também, fazendo meus os argumentos do eminente relator, defiro a cautelar.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também quero registrar as excelentes sustentações orais feitas da tribuna, de ambos os advogados, mas vou acompanhar o eminente relator.

Também entendo que o § 1º do art. 150 da Constituição, não por acaso, não incluiu na vedação do inciso III, *c*, que significa a proibição de cobrar o tributo num prazo anterior a noventa dias da publicação da lei que instituiu ou aumentou esse tributo, produtos industrializados.

Como se não bastasse, a meu juízo, há um fundamento que reforça aqueles lançados pelo douto relator: o § 2º do art. 62 da Constituição diz que, mesmo em se tratando de medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, a produção, a autorização para produzir efeitos no mesmo exercício financeiro não incluiu também, não foi além dessa autorização da anterioridade ânua ou em relação ao exercício financeiro, não falou da anterioridade nonagesimal, embora tivesse falado do IPI, aqui no § 2º do art. 62. E olhem que medida provisória tem força de lei. Não é lei, porém tem força de lei, como sempre disseram os eminentes professores Michel Temer e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Ainda assim, medida provisória com força de lei não pode ferir o princípio da anterioridade nonagesimal em tema de IPI. Ela deixa de se submeter à proibição que está no art. 150, III, *b*, que é o da anterioridade ânua.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Ayres Britto: Pois não.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De certa forma, creio que o Executivo jamais lançará mão, para majorar alíquota do IPI, da medida provisória, porque, quanto à anterioridade, ou seja, a possibilidade de ter-se efeitos apenas no exercício financeiro seguinte, junge-se à conversão em lei até o último dia daquele em que foi editada. Ante a inércia do Congresso na apreciação de vetos e medidas provisórias, o Executivo sempre acionará a cláusula do § 1º do art. 153 e imporá a majoração mediante decreto.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, o que eu quero dizer é o seguinte: até mesmo em relação à medida provisória, para produzir efeito no exercício financeiro seguinte, é preciso que a sua conversão em lei se dê até o último dia do ano em que convertida.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Excelência, estou ressaltando isso porque se fechou a porta ao drible. Tivemos uma situação concreta em que se editou medida provisória em 31 de dezembro do ano, esse dia, o da publicação da medida provisória no *Diário Oficial*, recaiu em sábado, passando-se, observada a anterioridade, a observar a majoração do tributo em 1º de janeiro do ano subsequente. Mediante medida provisória, a anterioridade fica vinculada, de qualquer forma, à conversão em lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Em relação ao exercício financeiro, quanto mais em relação à garantia da anterioridade nonagesimal. Quer dizer, nem mesmo para a medida provisória se permitiu ofender a garantia da anterioridade nonagesimal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Mitigou-se, inclusive, a medida provisória, o que é salutar.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Porque se estabeleceu que, no exercício seguinte, a cobrança fica na dependência da conversão da medida provisória em lei no exercício anterior. É interessante o novo enfoque constitucional – art. 62, § 2º.

O sr. ministro Ayres Britto: Muito bem. Então o exercício financeiro foi citado, mas a garantia da anterioridade nonagesimal não foi citada nem mesmo para a medida provisória, que tem força de lei, quanto mais decreto. E decreto, em matéria de tributo, seja para instituir, seja majorar, me parece que deve ser interpretado restritivamente, não cabe uma interpretação ampliativa. Então, entre duas soluções hermenêuticas...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Entendendo-se que, mediante esse veículo, não se fica submetido à anterioridade nonagesimal, seria reconhecido ao Executivo um poder maior do que o do próprio Congresso na elaboração de lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Então, com esse acréscimo apenas, me permito, de fundamento, mas já me dando por satisfeito com os fundamentos lançados pelo ministro relator, eu acompanho Sua Excelência e também concedo a cautelar.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, também vou acompanhar o voto do eminente relator para deferir a cautelar.

O Tribunal tem feito, como se sabe, uma construção bastante importante acerca desse princípio da anterioridade, em toda a sua acepção. Mencione-se, por exemplo, a construção que se fez na jurisprudência, acho que dos anos noventa, sobre o IPMF, quando o Tribunal, fazendo uma interpretação construtiva,

afirmou que o princípio da anterioridade integrava inclusive o rol de cláusulas pétreas, fazendo essa ponte do § 2º do art. 5º com as normas de ordem tributária, para reconhecer que também são direitos fundamentais protegidos, portanto, pela cláusula pétrea.

O que ocorreu aqui foi que, tradicionalmente, o princípio da anterioridade integrava o catálogo dos direitos fundamentais. Por uma opção política do Constituinte de 1988, fez-se o destaque para colocá-lo na ordem tributária, e, por uma ironia, esse dispositivo, que sempre integrou no constitucionalismo brasileiro os princípios fundamentais, agora deixava de ter essa proteção. Então o Tribunal fez essa construção, que é de se louvar, num caso da relatoria do ministro Sydney Sanches.

Depois disso, houve vários embates, como nós todos sabemos, em torno, agora, já não mais do IPMF, mas da CPMF. E, nas sucessivas prorrogações que foram feitas, sempre se observou o critério da anterioridade nonagesimal agora aplicado, entendendo que isso fazia parte do rol de cláusulas pétreas, de modo que esse já é um entendimento pacífico.

Agora, diante da mudança ocorrida, as diversas manifestações aqui veiculadas no Plenário mostram que essa interpretação, com todos os cuidados de que seria aplicável a exigência da noventena para a lei, mas não para o decreto, leva a uma situação realmente de desproteção e a um resultado absurdo, privilegiando em demasia a própria posição da administração e retirando quase que o sentido dessa proteção que o constituinte visivelmente quis dar em relação ao IPI.

Foi da tribuna mencionado um artigo do professor Everardo Maciel. Ele observava que são raríssimos os casos, tendo em vista que a lei do IPI é uma lei-quadro e que, na verdade, opera por bandas, fixa limites muito amplos.

O sr. ministro Dias Toffoli: No caso, de 0% a 30%.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. São raríssimos os casos de possibilidade de alteração da própria lei do IPI, a não ser que se cuide de uma reforma. De modo que a interpretação literal, aqui, é má conselheira, quer dizer, leva-nos a um resultado que a teleologia não recomenda.

Acompanho o relator, ressaltando que, talvez, neste caso, devêssemos conceder a liminar com eficácia *ex tunc*.

Na verdade, senhor presidente – apenas pensando alto para reflexão –, talvez, em tais casos, nós devêssemos mesmo já decidir o próprio caso como mérito, na linha da jurisprudência do Supremo – e o Regimento Interno anteriormente permitia –, porque vamos ter, passados os noventa dias, talvez, um julgamento meramente referendatório, se não se vier a julgar prejudicado, o que não pode ocorrer.

Então, talvez devêssemos pensar numa reforma da lei ou mesmo do Regimento para, em casos tais, permitir, em vez da mera concessão da liminar, já o julgamento de mérito, até porque, em casos como este, temos uma norma com esse caráter temporário: passado o período, já não teria mais relevância, a questão ficaria para o sistema difuso.

Então, talvez devêssemos pensar realmente num julgamento definitivo. Não sei qual será a melhor fórmula; já temos a fórmula do art. 12 que, no caso de pedido de liminar, dispensa para o julgamento do mérito, mas talvez, em casos desse tipo, realmente devêssemos já proceder o julgamento de mérito.

No mais, acredito que este é um caso quase que patentemente de uma inconstitucionalidade aritmética, quer dizer, é uma afronta – direta mesmo – ao Texto Constitucional.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: **A controvérsia** instaurada na presente causa *sugere* **e** *estimula reflexões* **que me levam**, *uma vez mais*, **a reafirmar**, na linha de decisões **que proferi** nesta Suprema Corte (**RTJ 144/435-436**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RE 428.354/RS**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **que os desvios inconstitucionais** do Estado, **no exercício** do seu poder de tributar, **geram**, *na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental*, **efeitos perversos**, que, **projetando-se** nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, **deformam os princípios** que estruturam a ordem jurídica, **subvertem as finalidades** do sistema normativo **e comprometem a integridade e a supremacia** da própria Constituição da República.

Cumpre assinalar, *por isso mesmo*, **que o caso ora em exame** justifica, *plenamente*, **que se reiterem** tais asserções, **pois é necessário advertir** que a **prática** das competências impositivas **por parte** das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar **não pode caracterizar-se** como instrumento, que, *arbitrariamente manipulado* **pelas pessoas estatais**, venha a conduzir à destruição **ou** ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal **não se revela compatível** com pretensões fiscais **contestáveis** do poder público, que, **divorciando-se** dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, **busca impor** ao contribuinte **um estado de submissão tributária** absolutamente **inconvivente** com os princípios que informam **e** condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, **a ação** das instâncias governamentais.

Bem por isso, tenho enfatizado **a importância** de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, **deve submeter-se**, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, **que institui**, **em favor dos contribuintes**, **decisivas limitações** à competência estatal para impor **e** exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.

O fundamento do poder de tributar – **tal como** tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ** 167/661, **675-676**) – **reside**, *em essência*, **no dever jurídico de estrita fidelidade** dos entes tributantes **ao que imperativamente dispõe** a Constituição da República.

Cabe relembrar, neste ponto, **consideradas** as observações que venho de fazer, **a clássica advertência** de OROZIMBO NONATO, **consubstanciada** em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (**RE 18.331/SP**), **em acórdão** no qual aquele eminente e saudoso magistrado **acentuou**, de forma particularmente expressiva, **à maneira** do que já o fizera o *Chief Justice* JOHN MARSHALL, **quando** do julgamento, **em 1819**, do célebre caso "*McCulloch v. Maryland*", que "*o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir*" (**RF** 145/164 – **RDA** 34/132), **eis que** – **como relembra** BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "**Os Limites do Poder Fiscal do Estado**" (**RF** 82/547-562, **552**) – essa extraordinária prerrogativa estatal **traduz**, em essência, "*um poder **que somente** pode ser exercido **dentro dos limites** que o tornem **compatível** com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria **e com** o direito de propriedade*" (**grifei**).

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 garantias **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*, o exercício de atividades legítimas, **o que só faz conferir** *permanente atualidade* às palavras do *Justice* Oliver Wendell Holmes, Jr. ("*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*"), **em** "***dictum***" *segundo o qual*, 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).

É por isso *que não constitui demasia reiterar a advertência* de que **a prerrogativa institucional de tributar**, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, **não lhe outorga** o poder de suprimir (**ou** de inviabilizar) *direitos de caráter fundamental*, **constitucionalmente assegurados** ao contribuinte, **pois este dispõe**, nos termos da própria Carta Política, **de um sistema de proteção** destinado a amparálo **contra eventuais excessos** (ou ilicitudes) **cometidos** pelo poder tributante **ou**, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.

Assentadas tais premissas, *que reputo essenciais* ao julgamento **deste** pedido de medida cautelar, **passo a examinar** o litígio constitucional ora submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

E, *ao fazê-lo*, **devo reconhecer** *que se impõe o acolhimento* da pretensão cautelar deduzida pela agremiação partidária (DEM) **que ajuizou** a presente ação direta, **eis que plenamente configurados**, *na espécie*, **os requisitos** concernentes à plausibilidade jurídica (*que se mostra densa*) **e** ao "*periculum in mora*".

Tenho para mim que o art. 16 do Decreto presidencial 7.567, de 15-9-2011, *ora impugnado*, **transgrediu**, *de modo frontal*, **a garantia constitucional** da anterioridade tributária, *tal como definida* no art. 150, III, "**c**", da Constituição da República.

O postulado que consagra, *entre nós*, **a anterioridade tributária** (*não importando* que se trate de anterioridade comum **ou** que se cuide, *como na espécie*, de anterioridade mitigada) **traduz** garantia fundamental **que compõe** o próprio "*estatuto constitucional dos contribuintes*" **e que representa**, *na perspectiva* das relações **entre** a administração tributária **e** o contribuinte, *clara limitação constitucional* ao poder impositivo das pessoas políticas, **inclusive** ao poder da União Federal.

Torna-se importante assinalar, *na linha do que destacou* esta Suprema Corte, em julgamento **final** sobre a matéria (**ADI 939/DF**, rel. min. SYDNEY SANCHES), **que o princípio** da anterioridade **representa**, em matéria tributária, "*garantia individual do contribuinte*", **oponível**, *por isso mesmo*, **a qualquer** das entidades políticas **investidas** de competência impositiva.

Não se pode ignorar que o princípio da anterioridade das leis tributárias reflete, **em seus aspectos essenciais**, uma das expressões fundamentais **em que se apoiam** os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes.

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se **como dever inderrogável** do poder público. **A ofensa** do Estado a esses valores – **que desempenham**, enquanto categorias fundamentais que são, **um papel subordinante** na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – **introduz** *um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico* **e rompe**, *por completo*, **a harmonia** que deve presidir as relações, *sempre tão estruturalmente desiguais*, **entre** as pessoas, *de um lado*, **e** o Poder, *de outro*.

Não posso desconhecer – *especialmente neste momento em que se amplia o espaço do dissenso* e se intensificam, **em função de uma norma** *tão claramente hostil a valores constitucionais básicos*, **as relações de antagonismo** entre o Fisco **e** os indivíduos – que os princípios constitucionais tributários, *sobre representarem* importante conquista político-jurídica dos contribuintes, **constituem expressão fundamental** dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. **Desde que existem** para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, **que se submete**, *quaisquer que sejam os contribuintes*, à imperatividade de suas restrições.

A eficácia do princípio da anterioridade **não pode ser comprometida** por normas de direito positivo *de evidente* invalidade jurídico-constitucional. **Esse postulado essencial** de nosso sistema jurídico **não pode ser visto nem compreendido** como mera formulação retórica. **Na concreção do seu alcance** – e na própria linha da jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ** 87/374) –, **impende considerar** a advertência do magistério doutrinário (LISE DE ALMEIDA, "**Princípio da Anterioridade – Evolução no Direito Brasileiro e sua situação**

na Constituição", "*in*" **RDTr** 55/321, 1991), **cuja lição** *enfatiza* que o *princípio da anterioridade* **representa**:

> *(...)* ***a garantia individual do contribuinte****, pessoa natural* ***ou*** *jurídica,* ***de que a cobrança de novos tributos, ou a majoração de tributos já existentes, deverá vir estabelecida*** *em lei* ***que seja por si conhecida com antecedência****, de tal modo que o mesmo tenha ciência do gravame a que se sujeitará no futuro próximo.* ***Abre-se****, assim,* ***a possibilidade*** *ao contribuinte* ***de previamente*** *organizar e planejar seus negócios e atividades.* ***O fim primordial desta limitação constitucional é a tutela da segurança jurídica****, especificamente configurada* ***na justa expectativa*** *do contribuinte quanto à certeza* ***e*** *à previsibilidade da sua situação fiscal.* [**Grifei**.]

O fato irrecusável, *neste caso*, **é um só**: *nem mesmo* o Congresso Nacional, **mediante** exercício de seu poder reformador, **dispõe** de competência **para afetar** direitos **e** garantias individuais, *como a garantia da anterioridade tributária*, **tal como o proclamou**, em julgamento final, **esta** Suprema Corte (**ADI 939/DF**, rel. min. SYDNEY SANCHES).

Com maior razão, **não pode** o Executivo, **por intermédio** *de simples decreto presidencial*, **transgredir** o "*estatuto constitucional dos contribuintes*", tornando *imediatamente* exigíveis **as novas** alíquotas fiscais do IPI **resultantes** da majoração **estabelecida** por ato da Presidência da República, **pois**, *se fosse lícito* à administração tributária **desconsiderar**, *por determinação da senhora presidente da República*, **o princípio da anterioridade**, tal comportamento **equivaleria** a atribuir, *absurdamente*, **a uma simples** deliberação executiva, *força normativa superior* àquela de que se acham impregnadas **as emendas** à Constituição, **as quais** – *insista-se* – **não podem** desrespeitar matérias postas **sob proteção** das cláusulas pétreas, **como** os direitos **e** garantias individuais (**CF**, art. 60, § 4º, IV), **dentre os quais** *a garantia da anterioridade tributária*, **como assinala a doutrina** (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 906, item n. 9.4, 27. ed., 2011, Atlas, *v.g.*) **e adverte a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**ADI** 939/DF).

Essa transgressão constitucional, **perpetrada** pela senhora presidente da República, **não pode** ser tolerada **nem** admitida, **sob pena de grave conspurcação** do regime constitucional de direitos **e** garantias fundamentais que o ordenamento positivo **estabeleceu**, *também em matéria tributária*, **em favor e em defesa** dos contribuintes.

Nem se diga *que é novo* **o tema** ora versado **nesta** sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **pois** a questão em exame **já foi apreciada** *por outros* tribunais judiciários, **como se verifica**, *p. ex.*, **de decisão** proferida, *em dezembro de 2008*, pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **em julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

> ***TRIBUTÁRIO. IPI. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTAS POR MEIO DE DECRETO. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. APLICABILIDADE. ART. 150, III, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.***

1. O exercício do poder "discricionário" de modificar a alíquota do IPI deve conter-se *nos limites estabelecidos na lei.* ***O artigo 150, inciso*** *III,* ***alínea*** *"c",* ***da Constituição Federal, ao dispor*** *sobre o princípio da anterioridade mínima,* ***com redação*** *outorgada pela EC n. 42,* ***determina que devem transcorrer*** *noventa dias da publicação da lei que instituiu* ***ou*** *majorou tributo* ***para que este possa incidir. O parágrafo 1º,*** *do* ***mesmo*** *artigo,* ***estabelece quais os tributos que não se submetem*** *a essa exigência,* ***estendendo-se*** *àqueles previstos nos incisos I, II, III e V do art. 153,* ***dentre os quais não se inclui o IPI****.*

2. É inaplicável *o argumento de que as limitações ao poder de tributar* ***contidas*** *nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso III do art. 150* ***refiram-se apenas*** à ***lei*** *em sentido estrito,* ***excluídas as exceções*** *estabelecidas no art. 153, § 1º.* ***A alteração de alíquota efetivada por decreto não pode ser interpretada como atribuição****, ao ato do Poder Executivo,* ***de poderes superiores aos da própria lei****. Examinando a existência de expressa previsão de majoração de tributos por atos normativos que não a lei em sentido estrito (decretos), é de se supor que a Emenda n. 42 abrangeu tal situação,* ***cabendo a aplicação da anterioridade nonagesimal****, porquanto o referido imposto* ***não está elencado*** *em uma das exceções à limitação constitucional da anterioridade nonagesimal.* [**Apelação/Reexame Necessário 2007.71.08.012143-2/RS**, rel. juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA – **Grifei**.]

Cabe registrar, *no ponto*, **que essa visão jurisprudencial** do tema, *plenamente compatível* com a exigência constitucional **que consagra** *o princípio da não surpresa*, **tem o beneplácito** do próprio magistério da doutrina, **como se vê** das lições de eminentes autores, **como** REGINA HELENA COSTA ("**Curso de Direito Tributário**", p. 67/68, item n. 3.2.2.2, 2009, Saraiva), JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO ("**IPI – Teoria e Prática**", p. 157, item n. 2, 2009, Malheiros), EDUARDO SABBAG ("**Manual de Direito Tributário**", p. 108/111, item n. 4.5, 3. ed./2ª tir., 2011, Saraiva), ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 217/218, **nota de rodapé** n. 24, 26. ed., 2010, Malheiros) **e** PEDRO MENEZES TRINDADE BARRÊTTO ("**Limitações Constitucionais. Poder de Tributar**", "*in*" "Curso de Direito Tributário Brasileiro", vol. 1/68-147, **128**, item n. 2.3, 2. ed. especial, 2010, Quartier Latin).

Alegou-se, *ainda*, **em defesa** da validade constitucional do decreto **editado** pela senhora presidente da República, **que esse ato** do Poder Executivo encontraria **fundamento legitimador** em razões **decorrentes** da existência de notória crise econômica internacional, de preocupante desnacionalização da produção industrial brasileira **e**, *também*, da função extrafiscal inerente ao IPI, **sustentando-se**, a partir da invocação de tais fatores, **que se justificaria** *a imediata exigibilidade* **das novas** alíquotas majoradas **pertinentes** à exação tributária em referência.

Tais alegações, contudo, *não podem justificar* **o desrespeito** que a senhora presidente da República **vem de cometer** ao editar a norma ora questionada.

Na verdade, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **não** admite, *por inaceitável*, **a invocação** de "*razões de Estado*" **como fundamento de legitimação** *de práticas inconstitucionais* (**RE 204.769/RS**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

É que tal argumento, *embora conveniente aos desígnios do Governo*, **representa** expressão *de um perigoso ensaio* destinado a submeter, *de modo ilegítimo*, à vontade *do Príncipe*, a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, **o que culminaria por introduzir**, no sistema de direito positivo, *um preocupante* fator de ruptura **e** de desestabilização político-jurídica:

> ***LEIS DE ORDEM PÚBLICA – RAZÕES DE ESTADO – MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO (...).***
> *(...)*
> *– **Razões de Estado** – que muitas vezes configuram fundamentos políticos **destinados a justificar**, pragmaticamente, "ex parte principis", **a inaceitável** adoção de medidas de caráter normativo – **não podem** ser invocadas **para viabilizar o descumprimento** da própria Constituição. **As normas de ordem pública** (...) **não podem** frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, **comprometendo-a** em sua integridade **e desrespeitando-a** em sua autoridade.* [**AI 725.227-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Sendo assim, *e em face das razões expostas*, **defiro** o provimento cautelar ora requerido, **suspendendo**, *com eficácia* "*ex tunc*", a execução **e** a aplicabilidade **do art. 16** do Decreto 7.567, de 15-9-2011, **editado** pela senhora presidente da República.

É o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): De fato, seria inútil tentar acrescentar alguma coisa, mas eu gostaria de chamar a atenção da Corte apenas para dois aspectos que me parecem relevantes no caso.

Primeiro é que, a partir do que foi agora reafirmado pelo ministro Celso de Mello, e já tinha sido também, de outro modo, realçado pelo ministro Gilmar Mendes, ninguém, nenhum de nós tem dúvida de que esta condição de exigibilidade tributária constitui, não obstante deslocada do art. 5º da Constituição, um direito fundamental do contribuinte perante, vamos dizer, o arbítrio destrutivo ou os excessos gravosos do Estado. É, portanto, um direito fundamental que nem o próprio constituinte derivado poderia mutilar e, muito menos, extinguir.

Não sei se Vossas Excelências estão percebendo a circunstância de que esta segunda modalidade de condição da anterioridade nonagesimal já é uma restrição ao constituinte original, porque ela foi introduzida pela Emenda 42. Já é, em si, questionável. Daí que, pelo fato de ser garantia constitucional, direito fundamental, a interpretação da palavra da "lei", como objeto do disposto no 150, III, *c*, evidentissimamente não pode ser interpretado restritivamente contra o destinatário da garantia. Noutras palavras, a palavra "lei", aí, não pode ser tomada em sentido estrito para reduzir, para diminuir a garantia representada pela condição de exigibilidade do tributo. Noutras palavras, a palavra "lei" aqui no caso, para atender ao seu escopo de resguardar um direito fundamental do contribuinte, tem que ser tomada no sentido amplo como qualquer ato normativo.

E o segundo ponto é que a faculdade prevista no 153, § 1º, que permite ao Poder Executivo, nos limites da lei, proceder a majorações, como diz o próprio inciso II do Decreto-Lei 1.199, não deixa, evidentissimamente, de ser uma forma de aumento de tributo, que tem que cair na restrição do 150, III, *c*. E, em vindo por via de decreto, a interpretação tem de ser *a fortiori*, ou seja, se nem por lei isso é admissível, muito menos poderá sê-lo por via de decreto, razão por que eu também acompanho, na íntegra, todos os votos, e, em especial, o voto do ministro relator. E consulto o Tribunal se vamos fixar então eficácia *ex tunc*.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, mantenho o voto tal como proferido.

Observo a natureza do pronunciamento: é cautelar, e não reparativo. O decreto passou a viger em 15 de setembro de 2011. Cito o mesmo princípio que se tem para deferir a liminar – a segurança jurídica –, para manter a eficácia cautelar desde este momento, não retroagindo o efeito da tutela, de natureza provisória, para aguardar-se o julgamento definitivo.

Mantenho-me, portanto, fiel à doutrina que até aqui foi observada pelo Tribunal. Objetivou-se, com o pedido, evitar o risco, e não reparar o dano, presente o período pretérito.

Por isso, defiro a liminar tal como consignado no voto, ou seja, com eficácia a partir deste momento.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Os demais votam *ex tunc*? Sim, *ex tunc*.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.661-MC/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Democratas – DEM (Advogados: Luís Fernando Belém Peres e outros). Interessado: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, concedeu a liminar, com eficácia *ex tunc*, contra o voto do relator, que a concedia com eficácia *ex nunc*. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo requerente, o dr. Luís Fernando Belém Peres e, pela Advocacia-Geral da União, o ministro Luís Inácio Lucena Adams, advogado-geral da União.

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, 20 de outubro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

RECLAMAÇÃO 11.243 — REPÚBLICA ITALIANA

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Relator para o acórdão: O sr. ministro Luiz Fux

Reclamante: República Italiana — Reclamado: Presidente da República — Interessado: Cesare Battisti

Reclamação. Petição avulsa em extradição. Pedido de relaxamento de prisão. Negativa, pelo presidente da República, de entrega do extraditando ao país requerente. Fundamento em cláusula do tratado que permite a recusa à extradição por crimes políticos. Decisão prévia do Supremo Tribunal Federal conferindo ao presidente da República a prerrogativa de decidir pela remessa do extraditando, observados os termos do tratado, mediante ato vinculado. Preliminar de não cabimento da reclamação ante a insindicabilidade do ato do presidente da República. Procedência. Ato de soberania nacional, exercida, no plano internacional, pelo chefe de Estado. Arts. 1º, 4º, I, e 84, VII, da Constituição da República. Ato de entrega do extraditando inserido na competência indeclinável do presidente da República. Lide entre Estado brasileiro e Estado estrangeiro. Incompetência do Supremo Tribunal Federal. Descumprimento do tratado, acaso existente, que deve ser apreciado pelo Tribunal Internacional de Haia. Papel do Pretório Excelso no processo de extradição. Sistema "belga" ou da "contenciosidade limitada". Limitação cognitiva no processo de extradição. Análise restrita apenas aos elementos formais. Decisão do Supremo Tribunal Federal que somente vincula o presidente da República em caso de indeferimento da extradição. Ausência de executoriedade de eventual decisão que imponha ao chefe de Estado o dever de extraditar. Princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB). Extradição como ato de soberania. Identificação do crime como político traduzida em ato igualmente político. Interpretação da cláusula do diploma internacional que permite a negativa de extradição "se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição". Capacidade institucional atribuída ao chefe de Estado para proceder à valoração da cláusula permissiva do diploma internacional. Vedação à intervenção do Judiciário na política externa brasileira. Art. 84, VII, da Constituição da República. Alegada vinculação do presidente ao tratado. Graus de vinculação à juridicidade. Extradição como ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. *Non-refoulement*. Respeito ao direito dos refugiados. Limitação humanística ao cumprimento do tratado de extradição (art. III, 1, *f*). Independência nacional (art. 4º, I, CRFB). Relação jurídica de direito internacional, não interno.

Consequências jurídicas do descumprimento que se restringem ao âmbito internacional. Doutrina. Precedentes. Reclamação não conhecida. Manutenção da decisão do presidente da República. Deferimento do pedido de soltura do extraditando.

1. Ext 1.085-QO: "A decisão de deferimento da extradição não vincula o presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos senhores ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau". Do voto do ministro Eros Grau extrai-se que "O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição".

2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do contraditório, traduzindo-se em prova ilícita.

3. O tratado de extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, *f*, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando "a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição".

4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da reclamação, dispõe que "Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela".

5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato.

6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna.

7. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior.

8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do presidente da República.

9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas leis, nos tratados e na própria decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal na Ext 1.085.

10. O descumprimento do tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945.

11. O sistema "belga" ou "da contenciosidade limitada", adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/1980 ("Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão").

12. O presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos tribunais internos.

13. *In casu*, ao julgar a extradição no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Ext 1.114, assentando, *verbis*: "O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, I, *g*; e Lei 6.815/1980, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do presidente da República" (Ext 1.114, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12-6-2008).

14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, *a posteriori*, a substituir-se ao chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do tratado de extradição, *ad argumentandum tantum*, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro.

15. O princípio da separação dos poderes (art. 2º CRFB) indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país.

16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o "poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território" (*De L'Etat Legal a L'Etat de Droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française*. 1879-1914. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 61).

17. O ato de extraditar consiste em "ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal" (RODRIGUES, Manuel Coelho. *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3).

18. A extradição não é ato de nenhum poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu chefe de Estado, o presidente da República. A reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido

pelo presidente da República e, consequentemente, incabível a reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso.

19. A impossibilidade de vincular o presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexiste um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, "A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política" (Extradição. Algumas observações. In: *O direito internacional contemporâneo*. Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223).

20. Compete ao presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do tratado firmado (art. III, 1, *f*); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o presidente não age como chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil.

21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao "presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de chefe de Estado" (Ext 855, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 1º-7-2006).

22. O chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do tratado de extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, "manter relações com Estados estrangeiros".

23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n. 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper n. 28).*

24. É assente na jurisprudência da Corte que "a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do direito internacional convencional" (Ext 272, rel. min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 7-6-1967).

25. O Supremo Tribunal Federal, na Ext 1.085, consagrou que o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade.

26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, "não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade" (*Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).

27. O ato político-administrativo de extradição é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, *in casu*, a cláusula do art. III, 1, *f*, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando.

28. A cooperação internacional em matéria penal é limitada pela regra do *non-refoulement* (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo.

29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros.

30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Petição avulsa provida para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da reclamação.

Brasília, 8 de junho de 2011 — Luiz Fux, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Os fatos envolvidos no processo de extradição do nacional italiano Cesare Battisti são amplamente conhecidos e encontram-se

minuciosamente relatados no acórdão lavrado pelo ministro Cezar Peluso – relator do feito antes de assumir a Presidência desta Corte –, devidamente juntado aos autos desta extradição. Não pretendo revolver aqui toda a cadeia fática dos episódios desse notório caso Battisti. Isso seria desnecessário para a apreciação das questões que neste momento devem ser objeto de nossa atenção. Focarei apenas no relato dos fatos processuais posteriores à decisão de extradição proferida por este Tribunal e de alguns dados relacionados à prisão do extraditando.

Ressalto, antes de tudo, que assumi a relatoria da Ext 1.085 em razão da Emenda 41, de 16 de setembro de 2010, que alterou os arts. 13, VI, 21, II, 340 e 341 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, transferindo do presidente para o relator a competência para execução e cumprimento das decisões da Corte transitadas em julgado. Assim, conforme a nova disciplina regimental, os incidentes de execução devem ser relatados e levados à apreciação do Plenário do Tribunal pelo ministro que funcionou como relator do processo na fase de conhecimento, observadas as regras atinentes às hipóteses de substituição de relator por aposentadoria, renúncia, morte (art. 38, IV, RISTF) e assunção à Presidência da Corte (art. 75). Assim, ao deixar a Presidência do Tribunal, em 24 de abril de 2010, assumi a relatoria de todo o acervo de processos do novo presidente, o ministro Cezar Peluso, incluindo a execução dos processos já transitados em julgado, conforme a nova disciplina regimental.

Passo então ao relato do caso.

A prisão preventiva do nacional italiano Cesare Battisti foi decretada pelo ministro Celso de Mello, então relator do presente processo extradicional, no dia 1º de março de 2007, com base na Lei 6.815/1980 e no Tratado Bilateral de Extradição firmado entre Brasil e Itália. Cesare Battisti foi preso por agentes da Polícia Criminal Internacional, em 18 de março de 2007, na cidade do Rio de Janeiro, e logo transferido para a custódia da Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal. Posteriormente, por decisão do ministro Cezar Peluso, que assumiu a relatoria do feito em razão da declaração de suspeição do ministro Celso de Mello, o extraditando foi transferido para o complexo penitenciário da Papuda, para aguardar preso o desfecho do processo extradicional, em conformidade com o disposto no art. 84 da Lei 6.815/1980.

A extradição foi julgada definitivamente na sessão plenária de 16 de dezembro de 2009, ocasião em que este Supremo Tribunal decidiu o seguinte (conforme consta do acórdão publicado em 16 de abril de 2010):

> I – preliminarmente, homologar o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Ext 1.085 e indeferir o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto;
>
> II – rejeitar questão de ordem suscitada pela senhora ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o MS 27.875 antes do pedido de extradição;
>
> III – por maioria, julgar prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de *status* de refugiado concedido pelo ministro de Estado da Justiça ao extraditando;

IV – rejeitar as questões de ordem suscitadas pelo senhor ministro Marco Aurélio da necessidade de quórum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança;

V – por maioria, deferir o pedido de extradição;

VI – rejeitar a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconhecer a necessidade do voto do presidente, tendo em vista a matéria constitucional;

VII – suscitada a questão de ordem pelo relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão;

VIII – por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos senhores ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

O Tribunal, portanto, ao mesmo tempo em que deferiu o pedido de extradição formulado pelo Governo da Itália, deixou assentado que essa decisão não vincula o presidente da República. As ementas do acórdão resumem os fundamentos dessa decisão:

Ementas: 1. **Extradição**. **Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim. Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, I, *g*, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC.** Questão sobre existência jurídica, validez e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa.

2. **Extradição. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica consequente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, I, e 3º, III, da Lei 9.474/1997, art. 1-F do Decreto 50.215/1961 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, I, da Lei 8.072/1990, art. 168, parágrafo único, do CC, e art. 5º, XL, da CF.** Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição.

3. **Extradição. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido.** Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de

Estado Democrático de Direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo.

4. **Extradição. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, I, da Lei 9.474/1997. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR)**. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.

5. **Extradição. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980.** Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa.

6. **Extradição. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade consequente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei 6.815/1980.** Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido.

7. **Extradição. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do ministro presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes.** O ministro presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição.

8. **Extradição. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do presidente da República.** Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve

o presidente da República observar os termos do tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

Apesar de reconhecer a discricionariedade do presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu o pedido extradicional, esta Corte deixou consignado que essa discricionariedade está delimitada pelos termos do tratado celebrado com a República da Itália. Tem o presidente da República, portanto, a obrigação de agir nos termos do tratado celebrado com o Estado requerente.

A decisão final desta Corte, na extradição, foi publicada no dia 16 de abril de 2010 (fl. 4198) e transitou em julgado no dia 23 de abril de 2010 (fl. 4200). As comunicações oficiais foram encaminhadas, por meio de ofício (fls. 4202-4205) e telex (4209-4228), aos senhores ministros de Estado da Justiça e das Relações Exteriores.

Como é sabido, o excelentíssimo senhor presidente da República não tomou, de imediato, qualquer decisão referente à extradição de Cesare Battisti, justificando essa cautela inicial com a necessidade de análise mais profunda e detida da decisão do STF e dos termos do tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália. Tais fatos são notórios e foram amplamente divulgados pelos diversos meios de comunicação.

Em 8 de setembro de 2010, o presidente desta Corte, ministro Cezar Peluso, determinou o encaminhamento dos autos da Ext 1.085 à seção de baixa e expedição do Tribunal (fl. 4234). Os autos foram então arquivados no dia 22 de setembro de 2010 (fl. 4235, verso).

No dia 31 de dezembro de 2010, o excelentíssimo senhor presidente da República decidiu negar o pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti, formulado pelo Governo da Itália nos autos do processo administrativo 08000.003071/2007-51 (decisão publicada na edição extra do *Diário Oficial* 251-A, Seção 1, p. 11, de 31 de dezembro de 2010) (fl. 4331).

A decisão do presidente tem como fundamento o Parecer da AGU/AG 17/2010 (fls. 4261-4325), da lavra do consultor da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, aprovado por despacho do advogado-geral da União substituto, Fernando Luiz Albuquerque Faria (fls. 4326-4330). Em síntese, o parecer conclui, com base na letra *f* do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália, que existem "ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante" (fl. 4325).

Em virtude da decisão proferida pelo excelentíssimo senhor presidente da República, o extraditando Cesare Battisti, por meio de seus patronos devidamente constituídos nos autos (dr. Luis Roberto Barroso e outros), requereu a esta Corte, no dia 3 de janeiro de 2011, a imediata expedição de alvará de soltura ou, por eventualidade, a declaração do esgotamento da jurisdição do Supremo Tribunal Federal na matéria, de forma a possibilitar aos órgãos do Poder Executivo o cumprimento da decisão presidencial (fls. 4239-4244).

A petição avulsa de Cesare Battisti (petição 61/2011) foi encaminhada à Presidência do STF, em razão do período de férias do Tribunal, conforme o art. 13, VIII, do Regimento Interno da Corte. Em decisão do dia 4 de janeiro, o presidente, ministro Cezar Peluso, determinou o desarquivamento da Ext 1.085 e a juntada a ela da petição de Cesare Battisti (fl. 4236).

No mesmo dia 4 de janeiro de 2011, a República Italiana protocolou, nos autos da Ext 1.085, petição subscrita pelo advogado A. Nabor A. Bulhões, na qual impugna o pedido de soltura de Cesare Battisti (fls. 4246-4252). Defende a República Italiana que a decisão sobre a revogação da prisão do extraditando é da competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual deverá analisar, preliminarmente, se o ato presidencial de não extradição é compatível com o acórdão proferido pela Corte na Ext 1.085. Alerta, ainda, para o fato de o extraditando ter fugido da Itália para se livrar dos processos pelos quais veio a ser condenado e, homiziado na França, de lá também ter fugido para o Brasil, quando se encontrava em liberdade condicional, na pendência de recurso perante o Conselho de Estado da República da França, em face de decisões das duas mais altas instâncias judiciárias daquele país que haviam deferido a sua extradição para a Itália.

Em 6 de janeiro de 2011, o presidente desta Corte, ministro Cezar Peluso, indeferiu os pedidos formulados por Cesare Battisti. Eis o teor da referida decisão:

> *Decisão*: **1**. Invocando decisão do Excelentíssimo Senhor presidente da República que lhe teria negado a extradição, cujo pedido foi deferido por esta Corte, Cesare Battisti requer que o Tribunal lhe expeça, de imediato, alvará de soltura *(a)*, ou, em via alternativa, que declare esgotada sua jurisdição, tocando aos órgãos do Poder Executivo a responsabilidade pelo cumprimento da decisão presidencial *(b)*.
>
> **2**. Não encontro, porém, em relação a nenhum de ambos os pedidos sucessivos, ou alternativos *(a* e *b)*, não obstante a inegável urgência da matéria, que envolve questão de liberdade física, o requisito da aparência de razoabilidade jurídica das pretensões, o qual, sintetizado na costumeira expressão *fumus boni iuris*, justificaria excepcional cognição ativa desta presidência, nos termos do art. 13, VIII, do RISTF.
>
> **3**. Quanto ao segundo *(b)*, é, desde logo, óbvio que, castrando competência exclusiva do egrégio Plenário, não seria lícito a esta Presidência declarar exaurida, no caso, a jurisdição da Corte, sobretudo nas perspectivas de questão inerente ao âmbito de execução de acórdão proferido pelo Tribunal Pleno e cuja relatoria toca hoje a outro ministro.
>
> **4**. Tampouco deve ser outra a solução ao pedido principal *(a)*.
>
> E dou as breves razões desse entendimento, reavivando, de um lado, que, nos termos claros do acórdão, a Corte negou toda legitimidade jurídica às causas fundantes da concessão de refúgio ao então extraditando, ao repelir, por substantiva maioria, as preliminares correspondentes e, em particular, ao reconhecer a "**absoluta ausência de prova de risco atual de perseguição política"**, bem como de algum "fato capaz de justificar **receio atual** de desrespeito às garantias constitucionais do condenado". Ambas essas afirmações, que resumem e traduzem largos

fundamentos do acórdão, constam de expressões textuais de uma de suas ementas, precisamente a quarta (cf. fl. 4195).

E, doutro lado, recusou ao excelentíssimo senhor presidente da República, para efeito de efetuar, ou não, a entrega do extraditando, perante o dispositivo final ou comando decisório *(iudicium)*, discricionariedade só proclamada, de modo insuficiente, por quatro dos votos elementares do julgamento. É oportuno, aliás, advertir que, após longa discussão, acordou o egrégio Plenário extirpar ao acórdão e à ata de julgamento a referência à discricionariedade, exatamente porque a não reconheceu como opinião da Corte (cf. fls. 4182-4188).

De nenhum relevo ao propósito a opinião isolada que, integrando voto, pudesse sugerir liberdade absoluta do Excelentíssimo Senhor presidente da República em tema de entrega, ou não, do extraditando, diante do inequívoco teor do dispositivo do acórdão que, *expressis verbis*, subordinou a legitimidade do ato de Sua Excelência, uma vez decretada a extradição, à observância dos "termos do tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando". Tal enunciado seria escusável, se não guardasse consequência prática no mundo jurídico.

5. Ora, funda-se o ato concreto do Excelentíssimo Senhor presidente da República – o qual agora negou a entrega – em parecer que, para formalizar a motivação jurídica necessária, recorre à cláusula inserta no art. 3º, inciso 1, alínea *f*, daquele tratado, sob alegação de que, segundo várias notícias jornalísticas que enumera, haveria, na Itália, "comoção política em favor do encarceramento de Battisti*"*, enquanto "caldo de cultura justificativo de temores para com a situação do extraditando, que será agravada*"* (fl. 4305). A fundamentação última do parecer que sustenta o ato está bem resumida neste excerto: "153. A condição pessoal do extraditando, agitador político que teria agido nos em (sic) anos difíceis da história italiana, ainda que condenado por crime comum, poderia, salvo engano, provocar reação que poderia, em tese, provocar no extraditando, algum tipo de agravamento de sua situação pessoal. Há ponderáveis razões para se supor que o extraditando poderia, em princípio, sofrer alguma forma de agravamento de sua situação*"* (fl. 4321).

6. Como transparece através do dilatado parecer, não deparei, para além das declarações colhidas aos jornais italianos, com descrição nem menção de nenhum ato ou fato específico e novo, que, não considerado pelo acórdão, pudesse representar, com a nitidez exigida pela natureza singular e restrita deste juízo prévio e sumário, razão ou "razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados" (fl. 4329). Não tenho como, nesta estima superficial, provisória e de exceção, ver, provada, causa convencional autônoma que impusesse libertação imediata do ora requerente.

7. De modo que, até para não decepar competência do novo e eminente ministro relator e do egrégio Plenário, no controle de eventual cumprimento ou descumprimento do acórdão exequendo, com as consequências jurídicas que convenham, não me fica alternativa.

Do exposto, **indefiro os requerimentos de fls. 4243-4244**, mantendo por ora a prisão do requerente e, diante da urgência do caso, determinando sejam os autos conclusos *incontinenti* ao relator, excelentíssimo senhor ministro Gilmar Mendes, que reapreciará os pedidos, se for o caso.

Contra essa decisão do presidente desta Corte, ministro Cezar Peluso, o extraditando interpôs agravo regimental (fls. 4342-4364), com pedido de *habeas corpus*, alegando, em síntese, o seguinte:

1) a decisão do presidente da República observou os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e deve ser cumprida;

2) tendo em vista que a representação da soberania nacional e a condução das relações internacionais cabem ao Poder Executivo, a revisão do mérito de uma decisão de política internacional importa em indevido exercício de poder jurisdicional;

3) a decisão do presidente da República detectou, adequadamente, que a situação do extraditando pode ser agravada em razão de circunstâncias políticas, evidenciadas em manifestações das autoridades italianas e em reações exacerbadas da sociedade civil;

4) não subsistem os pressupostos que justificam a prisão preventiva para a extradição, de forma que ela deve ser relaxada imediatamente.

Em despacho do dia 31 de janeiro de 2011, o ministro Cezar Peluso consignou que, "diante da decisão de fls. 4334-4337 (...), nada há por decidir ou reconsiderar" (fl. 4418).

Os autos desta Ext 1.085 vieram a mim conclusos no dia 3 de fevereiro de 2011 (fl. 4527).

Em 4 de fevereiro de 2011, a República Italiana ajuizou esta reclamação (Rcl 11.243) contra a decisão do presidente da República que negou o pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti, formulado pelo Governo da Itália nos autos do Processo Administrativo 08000.003071/2007-51 (decisão publicada na edição extra do *Diário Oficial* 251-A, Seção 1, p. 11, de 31 de dezembro de 2010) (fl. 4331).

Em 9 de fevereiro, despachei nesta reclamação, requisitando as informações da Excelentíssima Senhora presidenta da República e o parecer do procurador-geral da República.

Em 23 de fevereiro, foram juntadas aos autos deste processo as informações prestadas pela Presidência da República.

No dia 25 de fevereiro, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República. Em 12 de maio de 2011, o procurador-geral da República apresentou parecer pelo não conhecimento da reclamação e, se conhecida, pela sua improcedência.

O extraditando Cesare Battisti, por meio de seu advogado devidamente constituído nos autos desta Ext 1.085, apresentou, então, pedido de relaxamento da prisão para extradição. Alegou que o parecer do procurador-geral da República, apresentado nos autos da Rcl 11.243, "constitui inegável elemento novo que justifica uma reapreciação do pedido de relaxamento da prisão preventiva" (fl. 4537). Sustentou, assim, que o referido parecer confirmaria a

inexistência de justa causa para a manutenção da prisão meses após a decisão do presidente da República que negou a extradição requerida pela República Italiana. Em suma, haveria "evidente excesso de prazo" da prisão, visto que a decisão desta Corte no processo extradicional já teria transitado em julgado há mais de um ano, estando o extraditando preso há mais de quatro anos.

O pedido de relaxamento da prisão preventiva para extradição do italiano Cesare Battisti foi apresentado no dia 13 de maio de 2011, um dia após a juntada aos autos da Rcl 11.243 do parecer do procurador-geral da República (em 12-5-2011). Naquele dia, este relator encontrava-se em missão oficial no exterior, especificamente participando, juntamente com os ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie, da delegação que representou o Supremo Tribunal Federal no "*2011 US-Brazil Judicial Dialogue*", em Washington, Estados Unidos da América do Norte, realizado entre os dias 11 e 13 de maio, conforme a Portaria 107, de 29-4-2011, do presidente do Tribunal, ministro Cezar Peluso, publicada no *Diário da Justiça Eletrônico* do dia 10 de maio de 2011. Conforme certidão de fls. 4532-4533, da Secretaria Judiciária do Tribunal, a Seção de Processos Originários Criminais procedera erroneamente à remessa dos autos ao gabinete do excelentíssimo senhor ministro Marco Aurélio, por interpretação equivocada do art. 38, I, do Regimento Interno da Corte. Em decisão de fl. 4531, exarada no mesmo dia 13 de maio de 2011, o ministro Ayres Britto, no exercício da Presidência do Tribunal (art. 14 do RISTF), determinou o devido cumprimento do referido inciso I do art. 38 do Regimento Interno, e os autos então foram encaminhados ao ministro Joaquim Barbosa, o qual, em despacho exarado no dia 14 de maio de 2011 (fl. 4535, frente e verso), determinou o retorno dos autos a este relator, para apreciação do pedido de relaxamento da prisão.

Os autos vieram a mim conclusos no dia 16 de maio de 2011 (fl. 4559), data na qual proferi decisão indeferindo o pedido de relaxamento da prisão do extraditando Cesare Battisti.

Em seguida, no dia 23 de maio de 2011, solicitei dia na pauta de julgamentos do Plenário do Tribunal.

Nesses termos, estando os processos (Rcl 11.243 e Ext 1.085) devidamente relatados e prontos para julgamento, trago as questões suscitadas pelas partes (o extraditando Cesare Battisti e a República da Itália) para apreciação do Plenário da Corte.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais ministros do Tribunal.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator):

I – Considerações preliminares

Antes de adentrar a análise das questões suscitadas pelas partes – o extraditando Cesare Battisti e a República da Itália –, é preciso esclarecer que, além da extradição (Ext 1.085) e da reclamação ajuizada pela República da Itália (Rcl 11.243), outros dois processos, também sob minha relatoria, dizem respeito aos fatos que compõem o procedimento extradicional do italiano Cesare Battisti.

A ADI 4.538 foi proposta pelo Partido Democratas (DEM) contra o Parecer AGU/AG 17/2010, aprovado pelo presidente da República (art. 4º da LC 73/1993) em 31 de dezembro de 2010. Quanto ao cabimento da ação direta, o requerente alega que "a normatividade do parecer em exame é evidente – ainda que não publicada sua íntegra no órgão de imprensa oficial competente –, pois impõe orientação que não se restringe à atuação do presidente da República. Incide também sobre as repartições federais responsáveis pelas áreas penitenciária, policial e diplomática, quanto aos limites de atuação do Poder Executivo na matéria. (...) Daí a sua inequívoca configuração como ato normativo sujeito a controle abstrato de constitucionalidade mediante ação direta".

Como entendo que o referido parecer possui efeitos meramente concretos e limitados no tempo, não tendo o caráter de norma geral e abstrata que torne possível sua submissão ao controle em abstrato de constitucionalidade, estou propondo, no âmbito daquele processo, que se negue seguimento à ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 4º da Lei 9.868/1999. O parecer objeto daquela ação também será discutido no bojo do presente processo extradicional, de modo que a negativa de seguimento daquela ação não prejudicará a análise desta Corte sobre referido ato do presidente da República. E, justamente em razão da possibilidade de que o mencionado parecer seja amplamente apreciado pelo Tribunal no presente processo, não é o caso de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Há, ainda, uma ação popular (ACO 1.722), também sob minha relatoria, proposta por Fernando Destito Francischini, deputado federal pelo Estado do Paraná, na qual igualmente se impugna o ato do presidente da República que negou a extradição do italiano Cesare Battisti. Assim como procedi em relação à referida ação direta de inconstitucionalidade, a esta ação popular não foi dado qualquer impulso processual, visto que as questões suscitadas sobre o ato do presidente da República já estão devidamente postas na reclamação e no bojo da própria extradição e nelas poderão ser devidamente apreciadas.

Passo à análise da reclamação e do incidente de execução na extradição.

II – A terceira fase do processo de extradição

Um primeiro ponto fundamental a ser considerado no processo de extradição refere-se à natureza jurídica da intervenção do presidente da República após a concessão, pelo STF, da extradição.

A solução dessa questão cobra uma análise sobre o que seja a denominada *terceira fase* do processo extradicional. Nesse sentido, surge outra questão relacionada: uma vez transitado em julgado o acórdão proferido pelo STF em extradição, entra-se numa fase de *execução* desse acórdão ou a decisão do presidente é autônoma em relação ao processo de extradição no STF?

A apreciação a fundo dessas questões também leva a outros problemas igualmente centrais, tais como o de saber se o presidente da República pode se afastar dos fundamentos determinantes do acórdão do STF na extradição, ou até contrariá-los.

As análises seguintes, que focam as características determinantes das três fases do processo extradicional, visam a encontrar respostas a essas questões fundamentais.

II.1 O advento histórico da fase jurisdicional do processo de extradição no Brasil

A extradição, em simples termos, é a entrega que um Estado faz a outro Estado – a pedido deste – de um indivíduo neste último processado ou condenado criminalmente. É, em suma, uma relação de direito internacional entre Estados soberanos para o fim de cooperação em matéria de repressão ao crime. Como uma relação entre pessoas jurídicas de direito internacional público, a extradição tem como protagonistas os representantes legítimos, os chefes dos governos de cada Estado, e é materializada com base em tratado internacional ou, em sua ausência, em promessa de reciprocidade. A relação obrigacional para fins de extradição, se existente – seja com base em tratado bilateral, convênio multilateral, pacto de reciprocidade ou mesmo em lei interna do Estado requerido –, ocorre entre governos, ou seja, entre os poderes executivos de cada Estado.

Assim é que, historicamente, o processo extradicional surgiu como uma relação eminentemente entre Estados soberanos.

No Brasil Império, o processo de extradição obedecia a um sistema tipicamente administrativo – sem qualquer participação de autoridade judicial –, consagrado na Lei 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7º, n. 2, e no Regulamento 124, de 5 de fevereiro de 1842, arts. 9º e 20, combinados com o Decreto de 9 de setembro de 1842. O processo observado com relação à extradição passiva era o seguinte: recebido o pedido pelo ministro dos Negócios Estrangeiros, se este – de acordo com o Conselho de Ministros – não o recusasse imediatamente, era ouvido o procurador-geral da Coroa. Caso este opinasse favoravelmente ao pedido, a extradição era então concedida, mesmo antes da prisão do extraditando. Podia o procurador-geral, no entanto, emitir parecer pela rejeição do pedido pelo Conselho de Ministros ou pela audiência da Seção de Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado Imperial, órgão consultivo da Coroa, presidido pelo Imperador (cfr.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1957, p. 11).

Nesse período imperial, algumas extradições foram concedidas em razão de tratados firmados pelo Brasil com Carlos X, da França (6 de junho de 1826, art. 8º), Grã-Bretanha (17 de agosto de 1827, art. 5º), com Frederico III, da Prússia (18 de abril de 1828, art. 4º), e com Portugal (19 de maio de 1836, art. 7º). Por ato circular do ministro dos Negócios Estrangeiros, de 4 de fevereiro de 1847, dirigido aos agentes diplomáticos e consulares brasileiros, ficaram estabelecidas as condições em que o Brasil entregaria, sob promessa de reciprocidade, criminosos refugiados em seu território.

A Constituição de 1891 não fixou, expressamente, a competência para processar e julgar o pleito extradicional, deixando ao legislador, nos termos do art. 34 (32), a competência para regular, em caráter privativo, o processo de extradição. Na República (até 1911), o sistema administrativo continuou a reger o processo extradicional, com base na Lei 221, de 20 de novembro de 1894, art. 38, e no Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898, primeira parte, art. 112, § 2º. Com a Lei 967, de 2 de janeiro de 1903, a atribuição de informar os pedidos de extradição, antes a cargo do procurador-geral da República, passou ao consultor-geral da República.

Até então, como abordado, as extradições no Brasil ocorriam com base em tratados firmados com diversos Estados ou em promessas de reciprocidade. Em 1905, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a extradição só seria possível se baseada em tratado (HC 2.280, decisões de 7, 10 e 14 de junho de 1905). A razão era a de que a Constituição republicana de 1891, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para "regular os casos de extradição entre os Estados", teria abolido a extradição fundada apenas em reciprocidade ou em ato voluntário do Poder Executivo não submetido à prévia disciplina do Poder Legislativo. A decisão fez jurisprudência e as extradições, a partir de 1905, passaram a ser concedidas apenas com base nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa decisão, conforme nos ensina Lêda Boechat, "o Supremo Tribunal Federal declarou que o Poder Judiciário podia intervir, em matéria de extradição, para verificar se o estrangeiro aqui asilado estava sofrendo ou se achava em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição". *Requerida uma extradição, cabia-lhe verificar se ela era concedida na forma estabelecida pelo tratado em vigor entre o Brasil e a Nação requerente*. (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II, 1899-1910.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1991, p. 185; *ênfases acrescidas*).

A situação criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal levou à promulgação da Lei 2.416, de 28 de junho de 1911, que prevê novamente a permissão da extradição baseada em promessa de reciprocidade (art. 1º, § 1º). A referida lei, ao regular a extradição, passou a exigir **a efetiva participação do Poder Judiciário no processo extradicional**. Dizia a lei, em seu art. 10, que "nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso".

Desde então, o processo extradicional no Brasil, fundado em tratado ou em promessa de reciprocidade (atual art. 76 da Lei 6.815/1980), passou a contar com uma fase jurisdicional, efetuada pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 consagrou, expressamente, a competência do Supremo para processar e julgar, originariamente, o processo de extradição (art. 54, 1º, *h*). Documentos legislativos posteriores – tais como o Decreto-Lei 394, de 28-4-1938 (art. 10), o Decreto-Lei 941, de 13-10-1969 (art. 94), e a atual Lei 6.815, de 19-8-1980 (art. 83) – mantiveram a **participação do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, no "controle de constitucionalidade" do processo extradicional. Essa fase jurisdicional é imprescindível ao respeito à ordem constitucional vigente e à garantia dos direitos do indivíduo extraditando e, por isso, representa um verdadeiro avanço em termos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.**

II.2 A prevalência da política internacional na primeira fase da extradição

O atual processo de extradição no Brasil é dividido em três fases. A primeira, de natureza administrativa, é caracterizada pela apresentação, normalmente pela via diplomática, do pedido do Governo do Estado estrangeiro ao Governo brasileiro. Compete ao Ministério das Relações Exteriores receber o pedido e remetê-lo ao Ministério da Justiça, que decidirá sobre seu envio ao Supremo Tribunal Federal, instaurando a segunda fase, de índole jurisdicional. Já nessa primeira fase, portanto, coloca-se a questão sobre a discricionariedade do Poder Executivo na decisão – que é de política internacional – sobre a extradição. Como bem assevera Anor Butler Maciel, em interessante estudo sobre a extradição:

> Nesta fase, a política internacional é decisiva.
>
> Só o Poder Executivo, a quem compete a orientação dos negócios internacionais, é o árbitro do encaminhamento da solicitação de outro Estado à Justiça, levando em conta as relações entre ambas as Nações e fixando a atitude que adotará em relação ao Estado requerente.
>
> Um Estado que se recusasse a atender nossos pedidos de extradição, certamente, não teria sua pretensão nesse sentido encaminhada, embora a lei não exija, para que se conceda a extradição, que se expresse reciprocidade.
>
> Esta faculdade de recusa do encaminhamento do pedido ao Judiciário e denegação de plano do pedido de extradição, tem assento nos termos claros do art. 87, VI, da Constituição Federal (...). [Cfr.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1957, p. 11.]

A natureza discricionária do poder governamental de decidir sobre extradição, nessa primeira fase, eminentemente político-administrativa, está diretamente vinculada à estrutura da relação obrigacional entre os Estados requerente e requerido. Haverá diferenças marcantes, portanto, se essa relação entre os entes de direito internacional público é fundada em tratado ou em promessa de reciprocidade. A propósito, ensina Francisco Rezek:

> Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extraditória abre ao Governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiado, porém, que se encontre em tratado ou em autêntica existência de reciprocidade, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo – continua Rezek –, um compromisso que ao Governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o Governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, de tal sorte, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do Governo à honra da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, entre outros. [REZEK, Francisco. O governo brasileiro da extradição passiva. In: *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976, p. 238-239.]

Para Rezek, portanto, seria nessa primeira fase, dita governamental, que caberia ao Poder Executivo exercer a faculdade da recusa – quando presente, como analisado acima – do pedido extradicional. Em suas palavras:

> É de se perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois do pronunciamento do Tribunal. A propósito, o Decreto-Lei 941/69 guarda implacável silêncio, e sua linguagem, notadamente nos arts. 92 e 101, chega a produzir a impressão de que nenhum poder decisório, em nenhum caso, reveste o Executivo, responsável tão só pelo desempenho de encargos pré-moldados e subalternos.
>
> (...)
>
> Convenço-me de que a opção governamental deve ser formulada na fase pré-judiciária do procedimento, e a tanto sou levado por mais de uma razão. Cabe assinalar, antes de mais nada, que o processo extraditório no Supremo Tribunal Federal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções (art. 95 e § 1º). Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o Poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do Governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. *Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extraditório em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o Tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao Governo uma decisão discricionária.*
>
> (...)
>
> Negada a extradição pela Corte, limitam-se os deveres do Poder Executivo à libertação do extraditando e à comunicação desse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la nos termos dos arts. 96 e seguintes do DL 941/69.

É nessa primeira fase, portanto, que cabe ao Poder Executivo deliberar, em termos de política internacional e, principalmente, ante suas obrigações (convencionais ou de reciprocidade) sobre o prosseguimento do pedido de extradição. De toda forma, a existência efetiva de reciprocidade e de tratado afasta as possibilidades de descumprimento governamental de suas obrigações perante o Estado requerente.

Enfatize-se, nesse ponto, que, ao formularem os pedidos de extradição, os Estados já os instruem com os compromissos próprios de entrega (art. 98, Decreto-Lei 941; art. 91, Lei 6.815/1980) e, quando não o fazem, esses compromissos são requisitados pelo Ministério da Justiça.

A tese acima delineada, portanto, rende homenagem aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil com os demais Estados. Havendo tratado, todo o processo de extradição deverá observar as suas normas. E, no caso de conflito entre a lei interna e o tratado, o entendimento é consolidado, principalmente, na jurisprudência do STF (vide, por exemplo, Ext 662, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 30-5-1997) no sentido de que prevalece o tratado, pelo critério da especialidade.

Ressaltem-se, nesse aspecto, os princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

II.3 A fase jurisdicional: o papel do STF na extradição

A segunda fase é eminentemente jurisdicional e processada perante o Supremo Tribunal Federal. Dispõe o art. 83, da Lei 6.815/1980, o seguinte: "Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão". Assim, compete ao Supremo analisar a inocorrência de alguma das causas impeditivas ou a presença das condições indicadas, respectivamente, nos arts. 77 e 78 do Estatuto do Estrangeiro, além de outras previstas em tratado. Nesse sentido, o Tribunal não entra em considerações sobre o mérito da condenação penal sofrida pelo extraditando, não procede ao revolvimento de provas que ensejaram a condenação, nem reexamina aspectos procedimentais que eventualmente possam implicar a nulidade do processo penal no âmbito do Estado estrangeiro requerente. Isso está bem explicado em trecho de decisão desta Corte na Ext 669, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 29-3-1996:

> O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro. O modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva – vinculado, quanto a sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga – não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao

> reexame de mérito (*revision au fond*) ou, ainda, à revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame se torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando. Mesmo em tais hipóteses excepcionais, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro. (...) O modelo extradicional instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro (Estatuto do Estrangeiro), precisamente por consagrar o sistema de contenciosidade limitada, circunscreve o *thema decidendum*, nas ações de extradição passiva, à mera análise dos pressupostos (art. 77) e das condições (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro. A pré-exclusão de qualquer debate judicial em torno do contexto probatório e das circunstâncias de fato que envolvem a alegada prática delituosa e o seu suposto autor – justificada pelo modelo extradicional adotado pelo direito brasileiro – implica, por efeito consequencial, a necessidade de delimitar o âmbito de impugnação material a ser deduzida pelo extraditando, consideradas a natureza da controvérsia instaurada no processo extradicional e as restrições impostas à própria atuação do Supremo Tribunal Federal. As restrições de ordem temática que delimitam materialmente o âmbito de exercício do direito de defesa, estabelecidas pelo art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não são inconstitucionais e nem ofendem a garantia da plenitude de defesa, em face da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito Brasil. Precedente: *RTJ* 105/3. [Ext 669, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 6-3-1996, *DJ* de 29-3-1996. No mesmo sentido: Ext 662, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-1996, *DJ* de 30-5-1997.]

Em suma, cabe à Corte realizar o controle da legalidade do processo extradicional (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, I, *g*; e Lei 6.815/1980, art. 83). Com o julgamento da extradição, encerrada está a fase jurisdicional, cabendo ao Poder Executivo a responsabilidade pela entrega do extraditando ao Governo requerente, nos termos do art. 86 da Lei 6.815/1980. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados do STF: Ext 369/República Portuguesa, rel. min. Djaci Falcão; Ext 579/República Federal da Alemanha, rel. min. Celso de Mello; e Ext 621/República Italiana, rel. min. Celso de Mello).

É preciso ressaltar, não obstante, que esse controle de constitucionalidade e de legalidade também deve ser traduzido como garantia de respeito incondicional à ordem constitucional e como proteção jurisdicional dos direitos fundamentais do extraditando. É o que revela a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Referida preocupação já havia sido expressa no julgamento da Ext 232/Cuba – Segunda Turma, rel. min. Victor Nunes Leal, *DJ* de 14-12-1962. Eis a ementa:

> 1) A situação revolucionária de Cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com

ressalva de se não aplicar a pena de morte. 2) Tradição liberal da América Latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3) Falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. 4) A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal, e não pelo governo. 5) Conceituação de crime político proposta pela Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro, por incumbência da IV Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo "atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra"; ainda que "executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes".

Também no julgamento da Ext 347/Itália, relator ministro Djaci Falcão, *DJ* de 9-6-1978, discutiu-se a questão da existência de juízo de exceção e a impossibilidade de concessão de pedido extradicional, como indica a ementa, na parte em que interessa:

III – Alegação da existência de juízo de exceção. A Corte Constitucional criada pela Constituição Italiana de 1947 situa-se como órgão jurisdicional. A sua composição, o processo de recrutamento dos seus membros, as incompatibilidades e os limites de eficácia das suas decisões encontram-se legitimamente definidos na Legislação da Itália. Órgão jurisdicional preconstituído e que atende aos princípios fundamentais do estado de direito. A ninguém é dado negar a eficácia suprema da Constituição. Competência da Corte Constitucional, em relação ao extraditando, por força da conexão. Aplicação da Súmula 421. Satisfeitas as condições essenciais à concessão da extradição, impõe-se o seu deferimento. Decisão tomada por maioria de votos.

Em seu voto, ressaltou o relator, o ministro Djaci Falcão:

É sabido que a nossa Constituição não admite foro privilegiado, que se apresenta como favor de caráter pessoal, e, bem assim, tribunal de exceção, para o julgamento de "um caso, ou para alguns casos determinados, porque, então, estaria instituído o que se quer proibir: o juiz *ad hoc*" como acentua o douto Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, tomo V, 2. ed. p. 238).

Na mesma assentada, afirmou o ministro Moreira Alves:

Ninguém discute que cabe a esta Corte fixar o sentido, e, portanto, o alcance, do que vem a ser tribunal ou juízo de exceção; para verificar se nele se enquadra o tribunal ou juízo estrangeiro a cujo julgamento será submetido o extraditando.

É tradicional em nossas Constituições – o princípio somente não constou da de 1937 – o repúdio ao foro privilegiado e aos tribunais ou juízos de exceção. Interpretando essa vedação constitucional, constitucionalistas do porte de *Carlos Maximiliano* (...) se valem dos princípios que se fixaram na doutrina alemã na interpretação do art. 105 da Constituição de Weimar, reproduzido, como acentua *Maximiliano* (...), quase literalmente pelo art. 141, § 26, da Constituição brasileira de 1946, cujas expressões foram repetidas na parte final do § 15 do art. 153 da Emenda Constitucional 1/1969.

Sobre a necessidade do respeito aos direitos fundamentais do estrangeiro, muito bem salientou o ministro Celso de Mello no julgamento da Ext 897/República Tcheca (*DJ* de 23-9-2004), cujo excerto da ementa transcrevo a seguir:

> **Extradição e respeito aos direitos humanos: paradigma ético-jurídico cuja observância condiciona o deferimento do pedido extradicional.**
>
> A **essencialidade** da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns **não exonera** o Estado brasileiro – e, **em particular**, o Supremo Tribunal Federal – **de velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em **nosso** País, processo extradicional instaurado por iniciativa de **qualquer** Estado estrangeiro. O extraditando **assume**, no processo extradicional, a condição indisponível de **sujeito de direitos**, cuja intangibilidade **há de ser preservada** pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (**o Brasil**, no caso).
>
> O Supremo Tribunal Federal **não deve autorizar** a extradição, **se se demonstrar** que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer **não se revela capaz de assegurar**, aos réus, em juízo criminal, **os direitos básicos** que resultam do postulado do "*due process of law*" (**RTJ** 134/56-58 – **RTJ** 177/485-488), **notadamente** as prerrogativas inerentes à **garantia** da ampla defesa, à **garantia** do contraditório, à **igualdade** entre as partes perante o juiz natural **e** à **garantia** de imparcialidade do magistrado processante. **Demonstração**, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente **reveste-se** de caráter democrático, **assegurador** das liberdades públicas fundamentais.

No mesmo sentido, a ementa da Ext 633/República Popular da China (*DJ* de 6-4-2001), também da relatoria do ministro Celso de Mello, na parte em que interessa:

> O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando **não basta** para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*.
>
> Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal **não pode e nem deve** revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – **assumiu**, nos termos desse mesmo estatuto político, o **gravíssimo** dever de **sempre** conferir prevalência aos direitos humanos (**art. 4º, II**).
>
> *Extradição e due process of law.*
>
> A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law,* nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e **garantia** de imparcialidade do magistrado processante – **impede** o válido deferimento do pedido extradicional (***RTJ* 134/56-58**, rel. min. Celso de Mello).
>
> O Supremo Tribunal Federal **não deve** deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente **não se revelar capaz** de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a **garantia plena** de um julgamento imparcial, justo, regular e independente.

A **incapacidade** de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como **causa impeditiva** do deferimento do pedido de extradição.

O voto do ministro Francisco Rezek na mencionada Ext 633/República Popular da China expressou semelhante preocupação:

> Mas a esta altura dos acontecimentos, qualquer que fosse a intenção original, é possível ter segurança de que outra coisa não vai acontecer senão a administração de justiça criminal, no seu aspecto ordinário? Não a tenho. Se a tivesse até ontem, tê-la-ia perdido hoje.
>
> É nossa a responsabilidade pelo extraditando e pela prevalência, no caso dele também, dos parâmetros maiores da Constituição brasileira e da lei que nos vincula.

Ainda sobre a mesma questão ressaltou o relator da Ext 811/República do Peru, o ministro Celso de Mello, em assentada de 4-9-2002 (*DJ* de 28-2-2003):

> (...) O respeito aos direitos humanos deve constituir vetor interpretativo a orientar o Supremo Tribunal Federal nos processos de extradição passiva. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exime o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, impedindo, desse modo, que o súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of law.*

Portanto, como se pode claramente perceber, está na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o importante papel cumprido por esta Corte no processo extradicional. Cabe a este Tribunal exercer sua precípua função de defesa da Constituição, da ordem democrática e, sobretudo, dos direitos humanos. Como bem ressaltado pelo ministro Celso de Mello no já citado julgamento da Ext 1.074 (*DJ* de 12-6-2008):

> *Extradição e respeito aos direitos humanos: paradigma ético-jurídico cuja observância condiciona o deferimento do pedido extradicional*. – A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de **velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). **O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do** "*due process of law*" (*RTJ* 134/56-58 – *RTJ* 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade

do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais.

Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva da ordem constitucional.

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo. **Não há "judicialização da política" quando as "questões políticas" estão configuradas como verdadeiras "questões de direitos"**. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.

II.4 A função do STF na terceira fase da extradição

Tendo em vista essa precípua função do Supremo Tribunal Federal na segunda fase do processo de extradição, torna-se necessário averiguar se ela estaria completamente encerrada com a publicação e o trânsito em julgado da decisão final do processo jurisdicional de extradição. Em outros termos, cabe questionar: Qual o papel cumprido pelo STF na terceira fase do processo extradicional? Sua competência se encerra com a prolação da decisão final da segunda fase da extradição?

Parece óbvio que a competência do STF não se encerra com a decisão que põe fim à segunda fase da extradição. Isso decorre de uma razão muito simples: até sua definitiva entrega ao Estado requerente, o extraditando permanece preso sob a custódia do Tribunal, e apenas a decisão do próprio Tribunal pode determinar sua soltura.

Após a publicação e o efetivo trânsito em julgado da decisão que defere ou indefere o pedido de extradição, os autos do processo são apenas formalmente arquivados, pois, a partir desse momento, abre-se a fase de execução da extradição, na qual podem surgir diversos tipos de incidentes, que serão novamente submetidos à apreciação do Tribunal.

Até pouco tempo atrás, competia à Presidência do Tribunal a relatoria dos incidentes surgidos na execução da extradição. A Emenda 41, de 16 de setembro de 2010, que alterou os arts. 13, VI, 21, II, 340 e 341, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, transferiu do presidente para o relator a competência para execução e cumprimento das decisões da Corte transitadas em julgado. Assim, após essa emenda regimental, compete ao relator do processo de extradição atuar nessa fase de execução, apreciando as questões jurídicas que possam surgir até a entrega definitiva do extraditando ao Estado estrangeiro.

Fatos diversos podem ensejar questões jurídicas importantes a serem resolvidas nessa terceira fase da extradição. Algumas delas podem decorrer da interpretação e da aplicação do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, por exemplo.

São muito comuns, também, os pedidos de *habeas corpus* em favor do extraditando, impetrados já na fase de execução da decisão que defere a extradição.

Recorde-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte autoriza o imediato cumprimento da decisão do Pleno que defere pedido de extradição, independentemente da publicação e do trânsito em julgado do acórdão (por exemplo: Ext 1.103-QO, rel. min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2008, Plenário, *DJE* de 7-11-2008; Ext 1.214, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 17-12-2010, Plenário, *Informativo* 613).

No processo de extradição, portanto, não se pode confundir o trânsito em julgado da decisão que defere o pedido de extradição com o alegado "esgotamento" da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Nessa terceira fase, o STF continua a exercer sua precípua função de, no processo de extradição, resguardar a incolumidade do ordenamento constitucional e dos direitos fundamentais do extraditando. Nesse sentido, a Corte também assegura a efetiva entrega do extraditando ao país em que foi ou será processado e julgado. Com isso, ela cumpre seu papel primordial na defesa da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito. A jurisdição do STF sobre o extraditando apenas se encerra com a sua definitiva entrega ao Estado requerente.

É preciso repudiar, com veemência, afirmações vilipendiosas sobre a atuação desta Corte após o trânsito em julgado da decisão nesta Ext 1.085. Esta Corte não está cometendo qualquer "farsa processual", como alguns chegaram a dizer. O Tribunal exerce plenamente a competência que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988 (art. 102, I, *g*) e pelo Estatuto do Estrangeiro. Exerce, portanto, sua precípua função de assegurar a ordem constitucional, fazendo cumprir as leis deste país, incluídos os tratados internacionais de que o Brasil é parte, que também são leis na estrutura do ordenamento jurídico interno.

Assim, cabe ainda questionar como deve ocorrer o impulso inicial para a atuação do STF na terceira fase do processo extradicional. A defesa do extraditando Cesare Battisti afirma que a verificação de eventual cumprimento ou descumprimento, pelo presidente da República, do acórdão proferido pelo STF dependeria de impugnação específica por parte do Estado requerente, hipótese em que os autos arquivados da extradição deveriam ser enviados ao relator para análise e julgamento. Fala em *princípio da inércia* (o juiz não deve proceder de ofício), para defender que não pode o STF descumprir, de ofício, a decisão do presidente da República, simplesmente por dela discordar.

Em resposta a esses questionamentos, é preciso afirmar, de forma contundente, que não tem qualquer fundamento a alegação da defesa de Cesare Battisti no sentido de que esta Corte estaria atuando de ofício após o trânsito em julgado da extradição, o que estaria fora de sua competência.

O ministro Cezar Peluso, no exercício da Presidência do Tribunal, apenas julgou um pedido de soltura formulado pela própria defesa do extraditando. Nesse ato, determinou o desarquivamento dos autos desta Ext 1.085, que passou a tramitar normalmente no Tribunal, sob minha relatoria, de acordo com a

Emenda 41, de 16 de setembro de 2010, a qual alterou os arts. 13, VI, 21, II, 340 e 341, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Isso é o que ocorre normalmente nessa terceira fase do processo extradicional, quando o STF é chamado a apreciar questões levantadas como incidentes de execução de suas decisões. É o extraditando que comumente suscita tais questões, seja por meio de petições protocoladas nos autos da extradição – ainda que estes estejam já arquivados, momento no qual se determina seu imediato desarquivamento –, seja pela impetração de *habeas corpus* ou de mandados de segurança contra atos cometidos pela administração (Poder Executivo) nessa terceira fase da extradição. Nesse sentido, não se pode descartar também o cabimento da reclamação constitucional, que pode ser ajuizada pelo próprio extraditando, ou mesmo pelo Estado requerente – ambos, obviamente, partes diretamente interessadas no processo extradicional –, se entenderem que há afronta à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal na extradição.

São infundadas, portanto, todas as alegações que, de uma forma ou de outra, visaram a desacreditar a regularidade do exercício da jurisdição por esta Corte em relação aos fatos do processo de extradição do italiano Cesare Battisti.

II.5 O papel do Poder Executivo na terceira fase da extradição

A defesa do extraditando Cesare Battisti enfatiza que, proferida a decisão do presidente da República na terceira fase da extradição, cabe ao STF, tão somente, dar-lhe o *devido* cumprimento, determinando a imediata soltura do extraditando. Questiona-se: O STF tem algum *dever* de cumprir a decisão presidencial em tema de extradição? Ou cabe à Corte, nessa terceira fase do processo extradicional, continuar a exercer seu dever de zelar pela observância da ordem jurídica nacional e pela proteção dos direitos do extraditando, hipótese em que deve avaliar se a decisão do presidente atende aos pressupostos extradicionais fixados na legislação interna e no tratado bilateral de extradição? Analisemos essas questões.

Uma vez atestada a higidez do pedido de extradição e o cabimento do pedido, compete ao Tribunal comunicar a decisão aos órgãos competentes do Poder Executivo, que providenciarão, perante o Estado requerente, a retirada do extraditando do país, conforme o art. 86 da Lei 6.815/1980 e as normas constantes em tratado porventura existente.

Francisco Rezek, em sua obra mais recente, afirma o seguinte:

> Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento

dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, assim, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do governo à hora da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, dentre outros. Excluída a hipótese de que o governo, livre de obrigações convencionais, decida pela recusa sumária, impõe-se-lhe a submissão do pedido ao crivo judiciário. Este se justifica, na doutrina internacional, pela elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa lei fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no país, defere ao Supremo o exame da legalidade da demanda extradicional, a se operar à luz da lei interna e do tratado acaso existente. Percebe-se que a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado. Vale perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo governo antes ou depois do pronunciamento do tribunal. A propósito, veja-se que o processo da extradição no Supremo Tribunal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções. Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao tribunal traduz aquiescência da parte do governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária. [REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 199-200.]

Há de se admitir que certa confusão se instalou na própria doutrina sobre a questão relativa ao dever de cumprimento, por parte do Poder Executivo, da decisão do STF que defere a extradição. As considerações doutrinárias, no entanto, nunca sustentaram a possibilidade de não cumprimento, pelo presidente da República, do pronunciamento do STF. Análise mais acurada permite afirmar que, em verdade, o que sempre se defendeu é que, nessa terceira fase do processo extradicional, uma vez atestada a higidez da extradição em processo jurisdicional no STF, poderá o efetivo cumprimento da decisão demandar medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo, tal como o adiamento da entrega pelo fato de o extraditando já estar sendo processado ou estar cumprindo pena por outro crime no Brasil.

A tão falada discricionariedade do Poder Executivo existirá, portanto, quando o extraditando "estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade (...)", situação em que poderá o presidente da República, segundo seu prudente critério, e avaliadas as

condições fixadas em tratado bilateral de extradição (se houver), optar entre a postergação da entrega do estrangeiro ao término do processo ou ao cumprimento da pena, ou, ainda, proceder à imediata colocação do extraditando à disposição do Estado requerente (art. 89 da Lei 6.815/1980), caso vislumbre com isso melhor atendimento ao interesse nacional.

Assim, ao se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é meramente autorizativa e que, na terceira fase do processo extradicional, poderá o Executivo apreciar a conveniência quanto ao cumprimento da decisão, na verdade está-se a dizer que existem medidas de cunho administrativo, necessárias à execução da extradição, que se submetem à apreciação governamental, mas que estão delimitadas por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido, em tratado internacional e no próprio acórdão concessivo da extradição.

Esse é também o entendimento retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos diversos casos julgados pela Corte. Na Ext 1.114, rel. min. Cármen Lúcia (*DJ* de 21-8-2008), consta do voto da relatora e da ementa do acórdão que "o Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição: indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do presidente da República". Analisando o caso concreto e os precedentes citados pela eminente ministra, é possível constatar que não se está ali a defender a livre apreciação do Poder Executivo quanto a aspectos de conveniência e oportunidade relativos ao efetivo cumprimento da decisão do Supremo. No caso, alegava o extraditando que, "para a concessão da extradição, seria necessária a manifestação expressa do presidente da República, o que não teria ocorrido". O voto então foi no sentido de que a manifestação do presidente da República poderia ocorrer na terceira fase do processo extradicional, após o fecho da fase jurisdicional perante o Tribunal. Daí afirmar a relatora, com base em precedente do ministro Celso de Mello (Ext 568, *DJ* de 7-5-1993), que o "pedido extradicional, deduzido perante o Estado brasileiro, constitui – quando instaurada a fase judicial de seu procedimento – ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado". Portanto, a fundamentação está toda centrada no argumento de que, na fase judicial, cabe ao Supremo Tribunal apenas analisar a legalidade e a procedência do pedido extradicional.

A jurisprudência do STF é toda nesse sentido. Na Ext 855, o ministro Celso de Mello, relator (28-8-2004), bem delimitou esse entendimento, em trechos da ementa do acórdão a seguir transcritos:

> *A questão da imediata efetivação da entrega extradicional – inteligência do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro – prerrogativa exclusiva do presidente da República, enquanto chefe de Estado.* A entrega do extraditando – que esteja sendo processado criminalmente no Brasil, ou que haja sofrido condenação penal

> imposta pela Justiça brasileira – depende, em princípio, da conclusão do processo penal brasileiro ou do cumprimento da pena privativa de liberdade decretada pelo Poder Judiciário do Brasil, exceto se o presidente da República, com apoio em **juízo discricionário**, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade, exercer, na condição de chefe de Estado, a prerrogativa excepcional que lhe permite determinar a imediata efetivação da ordem extradicional (Estatuto do Estrangeiro, art. 89, *caput*, *in fine*). Doutrina. Precedentes.

Na Ext 985, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18-8-2006, ficou consignado, na ementa do acórdão, o seguinte:

> O Supremo Tribunal Federal, em recente revisão da jurisprudência, firmou a orientação de que o Estado requerente deve emitir prévio compromisso em comutar a pena de prisão perpétua, prevista pela legislação argentina, para a pena privativa de liberdade com o prazo máximo de trinta anos. Esse entendimento baseia-se na garantia individual fundamental prevista pelo art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal do Brasil. *Por estar o extraditando respondendo a ação penal no Brasil por suposto uso de documento falso, caberá ao presidente da República avaliar a conveniência e a oportunidade da entrega do estrangeiro, ainda que pendente ação penal ou eventual condenação, nos termos dos arts. 89 e 90 c/c art. 67 da Lei 6.815/1980 e do art. 9º, segunda parte, do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Argentina*. Pedido de extradição deferido com as restrições indicadas.

O mesmo entendimento foi fixado na Ext 959, rel. min. Cezar Peluso (*DJ* de 9-6-2006), em que Sua Excelência afirmou, em voto condutor, que "a efetivação, ou não, da extradição ficará condicionada à *discricionariedade* do Governo do Brasil, nos termos do art. 89, combinado com os arts. 67 e 90, todos da Lei 6.815/1980".

Da mesma forma, esse entendimento está na Ext 991, rel. min. Carlos Britto, caso em que a extradição foi deferida com a ressalva estabelecida no art. 89, combinado com os arts. 67 e 90 da Lei 6.815/1980.

Cito, ainda, apenas a título exemplificativo, a Ext 997, rel. min. Joaquim Barbosa (*DJ* de 13-4-2007), a Ext 1.048, rel. min. Sepúlveda Pertence (*DJ* de 11-5-2007) e a Ext 893, rel. min. Gilmar Mendes (*DJ* de 15-4-2005).

A discricionariedade do Poder Executivo, portanto, se existente, é delimitada e circunscrita por preceitos legais da Lei 6.815/1980, especialmente os arts. 67, 89 e 90, além das disposições do tratado de extradição, se houver, que vinculam o presidente da República em suas relações com os Estados estrangeiros pactuantes. Recorde-se, assim, que o parágrafo único do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro permite o mero adiamento da efetivação da entrega do extraditando, desde que a medida possa colocar "(...)em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial".

Enfatize-se, mais uma vez, portanto, que não há quem sustente uma livre apreciação ou até um livre arbítrio do Poder Executivo quanto à obrigação – que é de cunho internacional em virtude de uma relação mantida com outro

Estado soberano – de dar seguimento à efetiva entrega do extraditando. **Essa apreciação, tomada em termos de política internacional, como já abordado, situa-se na primeira fase, em que o Poder Executivo decide se submeterá o pedido extradicional à fase judicial perante o Supremo Tribunal Federal, com todas as responsabilidades e deveres que ela suscita, como a prisão do indivíduo extraditando até o final do processo, decisão esta que, uma vez tomada, recorde-se, perdura até a efetiva entrega do extraditando ao Estado estrangeiro, não tendo o Poder Executivo o poder de desconstituir decisão judicial que determina a prisão para fins de extradição.**

A atuação do presidente da República na terceira fase da extradição, portanto, é essencialmente vinculada aos parâmetros estabelecidos na decisão do STF que autoriza a extradição.

Em nota esclarecedora, Valério Mazzuoli bem compreende o processo extradicional em suas fases judicial e administrativa, demonstrando que, ante a existência de tratado internacional, o presidente da República está vinculado por uma obrigação de direito internacional (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* São Paulo: RT, 2007. p. 608). O autor, então, diz o seguinte:

> Encaminhado o pedido ao STF, vai este tribunal examinar os fatos e se manifestar sobre a legalidade do pedido em termos definitivos. Assim é a prática atual do STF. Distribuído o processo ao ministro relator, este determina a imediata prisão do extraditando, dando início ao processo. Ao final, uma vez deferido o pedido – e isto já significa, aos olhos do país requerente, um ato de aceitação de sua garantia de reciprocidade – o governo local toma ciência da decisão e procede (se assim entender por bem) à entrega do extraditando ao país que a requereu. Ocorre que, sendo o Presidente da República, e não o STF, o competente para "manter relações com Estados estrangeiros" (CF, art. 84, VII), será sua – e não do Poder Judiciário – a palavra final sobre a efetiva concessão da medida. Portanto, autorizada pelo STF a extradição, compete ao Presidente da República decidir em definitivo sobre a sua conveniência, sendo perfeitamente possível que a autorização do Supremo não seja efetivada pelo Presidente, sem que isso cause qualquer tipo de responsabilidade para este último. *Tal somente não se dará – ou seja, o Presidente somente será obrigado a efetivar a medida – quando existir tratado de extradição entre os dois países, uma vez que, neste caso, se está diante de uma obrigação internacional assumida pela República Federativa do Brasil, impossível de ser desrespeitada pelo governo.*

Esse é o entendimento, ressalte-se, do eminente professor Luís Roberto Barroso, reafirmado, inclusive, em artigo publicado no dia 18-11-2009, no *Correio Braziliense* (Caderno "Opinião", p. 15). Afirma o ilustre advogado, em artigo doutrinário sobre o tema:

> Determina o art. 102 da Constituição Federal:
>
> Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I – processar e julgar, originariamente:

(...)

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Estabelece também a Lei 6.815/1980:

Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

Esses dispositivos devem ser combinados com a regra constitucional que determina:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.

Assim, como cabe ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, o exame do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à legalidade do pedido, sem que isto implique necessariamente na efetiva concessão da medida, que é da competência exclusiva do Chefe do Executivo Federal.

Portanto, o pedido formulado ao Brasil pelo governo estrangeiro é encaminhado ao Supremo Tribunal, que examina a sua legalidade. Uma vez autorizada a extradição, compete ao Executivo decidir sobre a sua conveniência. Portanto, é possível que o Supremo autorize a extradição e esta não venha a ser efetivada, por não ser conveniente ao Executivo. Contrariamente, seria impossível a extradição se o Supremo Tribunal indeferisse o pedido e o Executivo ainda assim quisesse efetivá-la. Neste caso, estaríamos diante de uma violação a um dispositivo constitucional que determina que compete ao Supremo Tribunal o julgamento da extradição de Estado estrangeiro. **Observe-se, entretanto, que, em havendo tratado de extradição entre o Brasil e o Estado requerente, fica o Presidente da República obrigado a conceder a extradição, uma vez autorizada pelo Supremo, sob pena de violar obrigação assumida perante o direito internacional**. [TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 354, ano 97, p. 83-104, mar./abr. 2001, p. 84.]

Portanto, ante a existência de tratado bilateral de extradição, deve o Poder Executivo cumprir as obrigações pactuadas no plano internacional e efetivar a extradição, se assim prescreveu a decisão do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento pode ser encontrado na jurisprudência do STF no conhecido *caso Franz Paul Stangl*, em que o Tribunal, magistralmente conduzido pelo voto de Victor Nunes Leal, consignou o entendimento segundo o qual "a efetivação, pelo Governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional" (Ext 272, rel. min. Victor Nunes Leal, julgamento em 7 de junho de 1967). Está no voto de Victor Nunes:

A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.

Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: a saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe

nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, "um direito internacional geral de extradição".

Aí está a discricionariedade existente "*nos limites do direito convencional*", como diria Victor Nunes Leal. Não é arbitrariedade, é discricionariedade mesmo, como possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos do tratado.

Outro não é o entendimento de Mirtô Fraga, em artigo publicado no dia 17 de novembro de 2009, no jornal Correio Braziliense, cujo teor transcreve-se:

> Não há extradição *ex officio*. Ela deve ser sempre **solicitada**, sob a invocação da existência de tratado ou sob promessa de reciprocidade de tratamento. Não havendo tratado, o Brasil pode negar a extradição, ainda que o Estado requerente **ofereça** promessa de reciprocidade de tratamento em caso idêntico. Há discrição governamental. E a recusa pode ser sumária, quando os documentos nem serão enviados ao STF. Mas, se há tratado, ela se torna **obrigatória**, nas condições nele previstas; sua concessão deriva de uma **obrigação convencional**, mas está **condicionada** ao exame de legalidade e procedência pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> E, com ou sem tratado, o processo de extradição comporta três fases distintas: a primeira e a terceira são administrativas; a segunda é judiciária. A primeira fase se inicia com o recebimento do pedido do Estado estrangeiro e termina com o seu encaminhamento ao STF, se for o caso. A segunda é a fase judiciária, em que a Corte analisa o pedido quanto à sua legalidade e procedência. Após a decisão do STF, vem a terceira fase, administrativa, em que o Governo procede à entrega do extraditando (se a Corte julgou-a legal) ou, então, comunica ao Estado requerente o indeferimento do pedido. Nesta terceira fase, com a decisão judicial favorável à extradição, tomam-se determinadas providências para a retirada do extraditando.
>
> Questão interessante consiste em saber se a **faculdade de recusa** – quando presente, isto é, na **ausência de tratado** – deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois da fase judiciária. Trataremos, aqui, apenas, da hipótese, em julgamento: quando há tratado.
>
> O Direito é um sistema lógico, racional e, com tais princípios, deve ser analisada toda norma jurídica. Nenhum dispositivo deve ser interpretado no sentido de sua ineficácia. A Constituição brasileira garante os direitos individuais, dentre eles a liberdade. O processo extraditório reclama, em todo o seu curso, a prisão do extraditando. Envolve autoridades policiais, ministros do STF, procurador-geral da República, outros magistrados, advogados. Requer, enfim, uma série de providências que demandam tempo.
>
> No caso Battisti, não há discrição governamental: há tratado entre os dois países. O pedido da Itália deveria ser, como o foi, encaminhado ao STF. É que, pelo **tratado**, a extradição é **obrigatória** e o Brasil, quando o firmou, assumiu o compromisso de entregar estrangeiros solicitados pela Itália. Tal entrega está condicionada, apenas, à decisão judicial e aos compromissos próprios da entrega. Se o STF concluir pela extradição, não há discrição governamental. Cumpre-se o tratado. Entrega-se o extraditando. Nada mais. É princípio internacional e, também, inscrito em nossa Constituição, o respeito aos tratados firmados. Se o presidente da República, havendo tratado, pudesse recusar a entrega do estrangeiro, depois de decisão favorável do STF, para que assinar o acordo? Qual o objetivo do tratado?
>
> Havendo tratado, a manifestação presidencial pela entrega do extraditando, ocorreu, portanto, na **assinatura do acordo**. É aí que sua vontade se obriga, sujeita

só ao julgamento da Corte (legalidade e procedência do pedido). Depois da decisão favorável do STF, não pode haver uma segunda manifestação. Apenas, cumpre-se o tratado.

A única ação presidencial admissível, após o julgamento, é o adiamento da entrega para que o extraditando responda a processo-crime, por atos aqui praticados. Mas, pode o chefe de Estado dispensá-lo dessa obrigação e entregá-lo imediatamente à Itália. Aí, há discrição governamental. Mas, haverá interesse para o Brasil na primeira alternativa? Ao presidente, neste caso, cabe o **juízo** discricionário do **interesse público**; não do interesse governamental.

Mas, é necessário lembrar que na primeira hipótese (entrega adiada), a manutenção da prisão de Battisti, no Brasil, por ordem do STF, se faz necessária, pois ela dura até a entrega do extraditando ao Requerente, observados os prazos legais. A prisão há de persistir até que esgotada a condição, suspensos esses prazos. Trata-se, pois, de prisão legítima, mesmo na hipótese de eventual absolvição pelo crime supostamente praticado aqui. É necessário garantir que a entrega possa efetivar-se. [FRAGA, Mirtô. Entrega de Battisti à Itália. Presidente se manifesta antes ou depois da decisão do STF. *Correio Braziliense*, 17-11-2009.]

Nesse contexto, não se pode afirmar que a decisão do presidente da República seja autônoma em relação às disposições e aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de extradição. A interpretação estabelecida pela Corte sobre as normas do ordenamento jurídico interno (inclusive os tratados internacionais, considerados como leis internas) e as declarações por ela emitidas sobre os fatos jurídicos envolvidos no processo de extradição notoriamente fazem coisa julgada material e não podem ser simplesmente desconsideradas por qualquer autoridade da administração pública, mesmo a mais alta delas.

Se o quadro normativo composto por leis e tratados internacionais de extradição limitam a atuação do presidente da República, parece óbvio que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dê a esse mesmo quadro normativo também deve ser observada pelo presidente. Isso é trivial. A autoridade máxima da administração pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional.

Vejamos, portanto, o que realmente foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal nesta Ext 1.085.

II.6 O conteúdo da decisão do STF na Ext 1.085

A construção do raciocínio em torno do presente caso leva a outra questão: Quais são os fundamentos determinantes da parte dispositiva do acórdão proferido pelo STF na Ext 1.085, especificamente quanto ao conceito de *discricionariedade* prevalecente nos votos da maioria?

No julgamento desta Ext 1.085, o Supremo Tribunal Federal enfrentou diversas questões extremamente controvertidas, tais como o conceito de crime político para fins de extradição. Não obstante, talvez não seja demasiado afirmar que nada causou mais divergência entre os ministros da Corte do que a questão da discricionariedade do ato do presidente da República sobre a execução da extradição.

Sobre o tema, formaram-se duas linhas interpretativas. Além de mim, os ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie entenderam que a função do chefe do Executivo é tão somente observar a decisão desta Suprema Corte e proceder à extradição de Cesare Battisti. De outro lado, os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ayres Britto posicionaram-se no sentido de que o presidente da República não está adstrito à decisão proferida por esta Corte, a qual se limita a apreciar a legalidade do processo de extradição. Assim, o chefe do Executivo, após a decisão autorizativa da extradição proferida por este Tribunal, avaliaria a conveniência da execução da extradição.

O ministro Eros Grau proferiu voto intermediário, que acabou por balizar o posicionamento da Corte sobre o tema. O ministro Eros manifestou-se no sentido de que a obrigação do presidente da República de efetivar a extradição é delineada pelos termos do direito convencional.

Dessa forma, por maioria de votos, **o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Marco Aurélio e Eros Grau**. **O acórdão restou assim ementado:**

> 8. *Extradição*. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. **Obrigação apenas de agir nos termos do tratado celebrado com o Estado requerente**. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. **Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o presidente da República observar os termos do tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando**.

A análise dos votos permite concluir que, embora tenha reconhecido certo grau de discricionariedade ao presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu a extradição, este Tribunal deixou claro que essa discricionariedade está delimitada pelos termos do acordo celebrado entre o Brasil e a República da Itália.

O principal precedente invocado para que se chegasse a esse entendimento foi a Ext 272, rel. min. Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, *DJ* de 7-6-1967, cuja ementa dispõe, no que interessa:

Extradição. A) O deferimento ou recusa da extradição e direito inerente a soberania. B) A efetivação, pelo Governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do direito internacional convencional.

Percebo que, tanto no caso ora apreciado quanto na Ext 272, esta Corte assentou que o presidente da República está **obrigado** a deferir a extradição autorizada pelo Tribunal **nos termos do tratado**. Isso porque quem defere ou recusa a extradição é o chefe do Executivo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal apenas atesta a legitimidade do processo extraditório, de modo a autorizar que o presidente da República promova a entrega do extraditando ao Estado requerente.

Nos debates que precederam a proclamação do resultado, o ministro Eros Grau sustentou que:

> a decisão a respeito da extradição ou não é do presidente da República. (...) Eu não posso projetar, no futuro, se o presidente da República vai ou não romper com o governo italiano. Não é isto que está em jogo. Sendo bem objetivo, o meu voto é no sentido de que a questão colocada tem que ser resolvida nos seguintes termos: **o Tribunal autoriza e quem executa, ou não, – e há de prestar contas às leis, aos tratados, aos compromissos internacionais – é o presidente da República. A questão de ser discricionário ou não é uma questão de palavras**. [Ênfases acrescidas.]

E o ministro também aduz que "o que a ministra Cármen Lúcia chama de 'discricionariedade', eu chamo de 'interpretação'. Então, quando a ministra fala em 'discricionariedade', ela seguramente não quer dizer 'arbítrio'".

Diante da dificuldade de entendimento sobre a proclamação do resultado do julgamento, a República italiana apresentou petição postulando esclarecimentos sobre a decisão desta Corte, especificamente sobre o voto do ministro Eros Grau. A petição foi submetida à análise do Plenário e, nos debates ocorridos em 16-12-2009, o ministro Eros Grau manifestou-se nos seguintes termos:

> O único ponto que precisava ser esclarecido, no meu entender, ao contrário do que afirmado pela ministra Cármen Lúcia, é o seguinte: o ato não é discricionário. **Há de ser praticado nos termos do direito convencional. Isso está dito inúmeras vezes no meu voto**.
>
> Está claro que acompanhei a divergência e está muito claro, para quem souber ler, e mesmo para quem não o queira, que o meu voto se alinha desde o primeiro momento, à afirmação feita pelo ministro Victor Nunes Leal. Não me recordo agora qual é o voto, mas é simples, é só observar meu voto escrito e as notas taquigráficas.
>
> **De modo que, para que não haja confusão, o resultado principal é exatamente aquele. Eu acompanhei, quanto à questão da não vinculação do presidente da República à decisão do Tribunal, a divergência. Mas com relação à discricionariedade ou não do seu ato: esse ato não é discricionário, porque é regrado pelas disposições do tratado. [g.n.]**

Seguindo então a sugestão do ministro Eros Grau, voltemos novamente ao voto do ministro Victor Nunes Leal na Ext 272, que fixa o entendimento sobre o que significa a discricionariedade do presidente da República na terceira fase do processo de extradição:

> A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.
>
> **Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: a saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional,** porque não há, como diz Mercier, "um direito internacional geral de extradição". [Ext 272, rel. min. Victor Nunes Leal, julgamento em 7 de junho de 1967.]

Se o ministro Eros Grau seguiu Victor Nunes Leal, então não podemos concluir de outra forma senão no sentido de que a discricionariedade existente é aquela que está limitada normativamente pelo tratado internacional firmado entre Brasil e Itália.

A função do chefe do Executivo na terceira fase do processo de extradição não se limita ao cumprimento da decisão desta Corte, uma vez que há a possibilidade de considerações sobre o momento da execução – quando o réu está sendo processado ou já cumpre pena por crime cometido no Brasil, por exemplo, ou sobre as regras estabelecidas em acordo internacional celebrado entre o país requerente e o requerido no processo de extradição.

Assim, a inexistência de vinculação absoluta do chefe do Executivo à decisão desta Corte não implica dizer que há ilimitada discricionariedade para a execução, ou não, do pedido de extradição deferido por este Supremo Tribunal Federal. Essa discricionariedade, repita-se, ocorre nos limites do direito convencional, como decidiu esta Corte, seguindo antiga jurisprudência firmada na Ext 272, rel. min. Victor Nunes Leal.

O teor da decisão desta Corte sobre esse tema específico foi bem pontuado pelo **ministro Lewandowski** nos debates ocorridos no Plenário, dos quais retiro alguns trechos:

> Senhor presidente, eu trago brevíssimas considerações escritas, mas antes eu gostaria de, no sentido do que foi enfatizado pelo eminente ministro Cezar Peluso, dizer que meu voto vai na linha do que expôs Sua Excelência e também **na linha do que veiculou o eminente ministro Eros Grau, quanto à obrigatoriedade da observância dos tratados. Digo que, em tese – apenas registro isso como *obter dictum* –, seria possível ao presidente da República, dentro dos quadros do tratado, eventualmente, recusar-se ao cumprimento, amparado numa ou noutra cláusula desse tratado. Mas não poderá invocar, como disse muito bem, a meu juízo, o eminente ministro Cezar Peluso, que a Itália não tem condições de garantir os direitos fundamentais do extraditando. De outro lado, eu ousaria acrescentar que também não poderá pronunciar-se novamente quanto**

à natureza do crime cometido pelo extraditando, porque o Supremo Tribunal Federal já afastou a hipótese de cometimento de crime político.

Cito, ainda, outras **afirmações do ministro Lewandowski** no curso dos debates:

> Não há ampla discricionariedade por parte do presidente da República.
>
> Em havendo o tratado, ele deve ser cumprido nos seus termos.
>
> Bem, estamos autorizando à luz do tratado e da legislação aplicável.
>
> Nesse caso, nós decidimos deferir a extradição à luz do Estatuto do Estrangeiro e do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália.

Esses são os fundamentos determinantes da decisão do STF na Ext 1.085.

Portanto, fixado que a atuação política do presidente da República deve ocorrer dentro dos limites normativos do tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália, é fundamental examinarmos o significado desse tratado na ordem jurídica brasileira.

III – O significado do tratado bilateral de extradição na ordem jurídica interna

As análises anteriores levam a questões fundamentais sobre o *status* jurídico do tratado firmado entre Brasil e Itália para cooperação em tema de extradição. Questiona-se: Qual o significado do tratado bilateral de extradição na ordem jurídica interna? Como a jurisprudência do STF trata esse tipo de tratado? Qual a sua estatura no ordenamento jurídico interno e como ele vincula as autoridades nacionais que atuam nas três fases do processo extradicional? Analisemos essas questões.

Os tratados internacionais sempre tiveram papel relevante na jurisprudência desta Corte, principalmente considerando sua relação com a legislação interna.

Com efeito, já sob a *Constituição de 1891*, este Tribunal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Ext 7, rel. min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7-1-1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradição da Lei 2.416, de 28-6-1911, em proveito do tratado de extradição entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17-9-1877 (cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75/78).

Em matéria tributária, a preponderância das normas internacionais sobre normas internas infraconstitucionais foi admitida por este STF na vigência da *Constituição de 1937*, nos termos da ACi 7.872/RS, rel. min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11-10-1943.

Na oportunidade, a Corte manteve afastada a aplicação do imposto adicional de 10% criado pelo Decreto 24.343, de 5-6-1934, em privilégio das disposições de tratado entre o Brasil e o Uruguai, firmado em 25-8-1933 e promulgado pelo Decreto 23.710, de 9-1-1934.

O eminente relator – que pouco depois seria nomeado juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia – apreciou exaustivamente a questão, em brilhante e minucioso voto, assim concluindo:

> Chegamos, assim, ao ponto nevrálgico da questão – a atuação do tratado, como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes.
>
> O ministro Carlos Maximiliano chegou a considerar o ato internacional de aplicação genérica no espaço, alcançando até súditos de países a ele estranhos, quando tiver a categoria do Código, com o conhecido pelo nome Bustamante (voto in *Direito*, vol. 8, p. 329).
>
> Haveria talvez aí um exagero, interessando, antes, examinar, em suas devidas proporções, o problema do tratado no tempo, sendo claro que ele, em princípio, altera as leis anteriores, afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados.
>
> A dificuldade está, porém, no efeito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir – o tratado é revogado por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei?
>
> A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.
>
> Em país em que ao Judiciário se veda apreciar a legitimidade de atos do Legislativo ou do Executivo se poderia preferir tal solução, deixando ao Governo a responsabilidade de ser haver com as potências contratantes que reclamarem contra a indevida e unilateral revogação de um pacto por lei posterior; nunca, porém, na grande maioria das nações em que o sistema constitucional reserva aquele poder, com ou sem limitações.
>
> Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário.
>
> Esse era, aliás, o princípio já codificado por *Epitacio Pessôa* que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus* subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado.
>
> Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa-fé e o próprio sistema dos mesmos (*D.T. Público*, vol. 2, p. 31 e 32).
>
> Igualmente Hildebrando Acioli, em seu precioso *Tratado de direito internacional*, acentua os mesmos postulados, ainda quando o tratado se incorpora à lei interna e enseja a formação de direitos subjetivos (vol. 2, § 1.309).

> É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritamente (Acioli, p. cit. § 1.341 n. 13), o que levou Bas Devant, Gastón Jeze e Nicolas Politis a subscreverem parecer favorável à Tchecoslováquia, quanto à desapropriação de latifúndios, ainda que pertencentes a alemães, que invocavam o Tratado de Versalhes *(les traités de paix, ont-ils limité la competence lègislative de certains ètats?* Paris, 1927); em contrário, a Alemanha teve de revogar, em homenagem àquele pacto, o art. 61 da Constituição de Weimar que conferia à Áustria o direito de se representar no Reichstag. Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11). [ACi 7.872/RS, rel. min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11-10-1943.]

Sob a égide da *Constituição de 1946*, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento nos autos da ACi 9.587/RS, rel. min. Lafayette de Andrada, julgada em 21-8-1951, aplicando tratamento tributário previsto no "Tratado de Comércio entre os Estados Unidos do Brasil e os Estado Unidos da América", firmado em 2-2-1935 e promulgado por meio do Decreto 542, de 21-12-1935, em detrimento das disposições do Decreto-Lei 7.404, de 22-3-1945. Na ocasião, assentou o voto condutor desse aresto:

> A controvérsia girou sobre a prevalência de tratado da União com Estados estrangeiros.
>
> Nego provimento à apelação. A sentença bem apreciou a hipótese dos autos.
>
> Realmente não pode ter aplicação a autora os dispositivos do Decreto-Lei 7.404 de 1942 porque há um tratado entre o Brasil e os Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra, pelo qual o imposto de consumo deveria ser cobrado de acordo com o regulamento vigente à época de sua promulgação.
>
> Está expresso no art. 7º do referido tratado que os países signatários não podem elevar "as taxas, custas, exações ou encargos internos nacionais, ou federais que sejam diferentes ou mais elevados do que o estabelecido ou previstos, respectivamente, nas leis dos Estados Unidos da América, *em vigor no dia da assinatura do Tratado*".
>
> Portanto, as leis posteriores que alteram a vigorante naquela oportunidade ficam sem aplicação nos produtos importados nos países signatários dessa convenção.
>
> (...)
>
> Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na ACi 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.
>
> (...)
>
> Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado.
>
> A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional. [ACi 9.587/RS, rel. min. Lafayette de Andrada, julgada em 21-8-1951.]

Na vigência da *Carta de 1967, com redação dada pela EC 1/1969*, por sua vez, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais,

de forma geral, "têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificam a legislação interna" (RE 71.154/PR, rel. min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4-8-1971, *DJ* de 25-8-1971).

É certo que, a partir do julgamento do RE 80.004/SE (rel. p/ o ac. min. Cunha Peixoto, Pleno, *DJ* de 29-12-1977), o STF alterou seu entendimento tradicional quanto à relação entre direito interno e direito internacional, admitindo a paridade entre tratados internacionais e normas internas infraconstitucionais e, consequentemente, o afastamento da aplicação de normas internacionais em virtude de normas internas posteriores.

No mencionado *leading case*, o voto vencedor do ministro Cunha Peixoto assentou, com fundamento na teoria dualista de *Triepel*, que "não há nenhum artigo [na Constituição] que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato ter sua origem em um tratado".

Nessa linha de entendimento, eventuais antinomias entre tratados internacionais e leis internas seriam resolvidas apenas por critérios de cronologia (*lex posteriori derogat priori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generali*).

A respeito da perspectiva da especialidade, o Pleno deste STF destacou que, "na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas" (HC 58.727/DF, rel. min. Soarez Muñoz, Pleno, *DJ* de 3-4-1981).

Finalmente, quanto à *Constituição Federal de 1988*, exatamente em 23 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC 72.131/RJ, rel. p/ o ac. min. Moreira Alves, *DJ* de 1-8-2003, tendo como foco a prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia.

Na oportunidade, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

No importante julgamento da medida cautelar na ADI 1.480/DF, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-9-1997, o Tribunal, por maioria, não só concluiu pela submissão dos tratados internacionais à Carta Magna e por sua paridade com as leis internas, como também assentou que não podem versar sobre matéria reservada a leis complementares. Lê-se da ementa do referido julgado, no pertinente:

> (...) *Procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais.*
>
> É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.
>
> O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos

internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República.

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro.

O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar.

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

> Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno (...). [ADI 1.480-3-MC/DF, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-9-1997.]

Dessa forma, prevalecia a perspectiva de que "o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreenda a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)", consoante acentuou o ministro Celso de Mello na supracitada ADI 1.480-MC/DF.

Recentemente, entretanto, este Supremo Tribunal Federal procedeu, no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, à revisão crítica desse entendimento.

Com efeito, impulsionado pela nova redação da EC 45/2004, o Tribunal, no julgamento do RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno, *DJ* de 5-6-2009, reviu a orientação em acórdão assim ementado:

> *Prisão civil*. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Nesse ponto, cumpre transcrever trecho do voto que proferi na sessão de 22-11-2006, na qual tive a oportunidade de suscitar a referida atualização da jurisprudência sobre a aplicação dos tratados internacionais, em especial quanto aos direitos humanos:

> É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.
>
> Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um "Estado Constitucional Cooperativo", identificado pelo professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.
>
> Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das

soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (cf., *v.g.*, Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana; os arts. 8º e 16 da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola; entre outros).

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a "*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*".

Em comentário a este artigo, o saudoso professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira "*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela EC 45, de 8-12-2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", e "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."

Lembre-se, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição) e Argentina (art. 75, inciso 24), provavelmente influenciados pela institucionalização da União Europeia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia,

por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu art. 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que "*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos*."

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.

Na ocasião, em que foram apreciados em conjunto também o RE 349.703/RS, em que fui relator para o acórdão, Pleno, *DJ* de 5-6-2009, e o HC 87.585/TO, rel. min. Marco Aurélio, Pleno, a maioria do Plenário entendeu que as convenções internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal, isto é, prevalecem sobre a legislação interna, submetendo-se apenas à Constituição Federal, contra os votos dos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que avançavam ainda mais e reconheciam o *status* constitucional desses tratados. O RE 349.703/RS restou assim ementado, no que interessa:

Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 50 da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

(...)

Recurso extraordinário conhecido e não provido. [RE 349.703/RS, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, Pleno, *DJ* de 5-6-2009.]

Dessa forma, não só o fenômeno da substituição de um arcaico estado voltado para si por um "Estado Constitucional Cooperativo", como identificado pelo professor Peter Häberle, como o próprio texto da Carta Magna, sobretudo com as alterações da EC 45/2004, exigem essa nova interpretação da relação entre direito internacional e normas infraconstitucionais internas.

Além do âmbito dos direitos humanos, a cooperação internacional viabiliza a expansão das operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico – como o fluxo recíproco de capitais, bens, pessoas, tecnologia e serviços – e contribui para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as nações.

Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*.

No atual contexto cooperativo, o professor Mosche Hirsch, empregando a célebre Teoria dos Jogos (*Game Theory*) e o modelo da Decisão Racional (*Rational Choice*), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações; (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e do acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento por cada Estado dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (*rebounded externalities*) aumenta o impacto do desrespeito aos tratados e privilegia o devido cumprimento de suas disposições (HIRSCH, Moshe. "Compliance with International Norms" *in The Impact of International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 184-188).

Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional.

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Ressalta-se que a mencionada convenção, ratificada há pouco tempo pelo Estado brasileiro (Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009), codificou princípios já exigidos como costume internacional, como decidiu a Corte Internacional de Justiça no caso Namíbia [*Legal Consequences for States of the Continued Presence os South África in Namíbia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970),* First Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, §§ 94-95].

A propósito, defendendo a interpretação da constituição alemã pela prevalência do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais, acentua o professor Klaus Vogel: "(...) de forma crescente, prevalece internacionalmente a noção de que as leis que contrariam tratados internacionais devem ser inconstitucionais e, consequentemente, nulas". *(Zunehmend setzt sich international die Auffassung durch, dass Gesetze, die gegen völkerrechtliche Verträge verstoBen,* verfassungswidrig und daher nichtig *sein sollte)* (VOGEL, Klaus. "Einleitung" Rz. 204-205 *in VOGEL, Klaus & LEHNER, Moris. Doppelbesteuerungsabkommen*. 4. ed. München: Beck, 2003. p. 137-138.)

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (*treaty override*), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser refutada por esta Corte.

Como enfatizei no voto do RE 466.343/SP, o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Referi-me, naquela oportunidade, aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§ 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º; 5º, II, e § 2º; 49, I; 84, VIII, da Constituição Federal.

Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º, da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.

Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera *incorporação*, no plano interno, mas da própria *criação* das normas internacionais.

Com efeito, no plano internacional, é essencial que os Estados-partes tenham a intenção de criar obrigações legais entre eles mediante acordo, daí a imprescindibilidade do consentimento para a norma internacional. (SHAW, Malcom. *International Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812.)

No Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988), precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988). A propósito, o ministro aposentado Francisco Rezek, em trabalho doutrinário, esclarece:

> 30. Pressupostos constitucionais do consentimento: generalidades. O tema em que ingressamos é de direito interno. O direito internacional, como ficou visto, oferece a exata disciplina à representação exterior dos Estados, valorizando quando por eles falem certos dignatários, em razão de suas funções. Não versa, porém, aquilo que escapa ao seu domínio, porque inerente ao sistema de poder consagrado no âmbito de toda ordem jurídica soberana. Presume-se, em direito das gentes, que os governantes habilitados, segundo suas regras, à assunção de compromissos internacionais – todos eles, observe-se, vinculados ao poder Executivo – procedem na conformidade da respectiva ordem interna, e só excepcionalmente uma conduta avessa a essa ordem poderia, no plano internacional, comprometer a validade do tratado.
>
> Dado que o consentimento convencional se materializa sempre num ato de governo – a assinatura, a ratificação, a adesão –, parece claro que seus pressupostos, ditados pelo direito interno tenham normalmente a forma da consulta ao Poder Legislativo. Onde o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isto vem a ser em regra a aprovação parlamentar, configurando exceção o modelo suíço onde o referendo popular precondiciona a conclusão de certos tratados. O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, assim, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos – Legislativo e Executivo – em determinada ordem jurídica estatal. [REZEK, Francisco. *Direito internacional público.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57-58.]

Assim, a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo presidente da República constituem regras de importância fundamental para a validade das normas tanto no plano internacional, quanto no plano interno.

Em outras palavras, a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se a obrigações de direito internacional.

Destaque-se que a aprovação do texto do tratado e a ratificação pelo presidente da República são necessários, porém não suficientes à existência da norma internacional. Daí que a inaplicabilidade de disposições previstas em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Executivo é possível, tanto no âmbito interno quanto no internacional, no caso de ausência de ratificação pelo outro Estado-parte ou de não concretização de alguma outra condição prevista.

Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas – na esteira do entendido no RE 71.154/PR, rel. min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, *DJ* de 25-8-1971 –, deve o intérprete constitucional inevitavelmente concluir que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares.

Tanto é assim, que o art. 105, III, *a*, da Constituição Federal reserva a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão judicial que

"contrariar *tratado ou* lei federal, ou negar-lhes vigência". Note-se que a equiparação entre "tratado" e "lei federal" no mencionado dispositivo não indica paridade com "lei federal ordinária", mesmo porque o termo "lei federal" contempla outras espécies normativas, como decreto, lei complementar, decreto legislativo, medida provisória etc.

Na verdade, a equiparação absoluta entre tratados internacionais e leis ordinárias federais procura enquadrar as normas internacionais em atos normativos internos, o que não tem qualquer sustentação na estrutura constitucional. Constitui solução inadequada à complexa questão da aplicação das normas internacionais, conforme já apontara o saudoso ministro Philadelpho de Azevedo no julgamento de 11-10-1943 (ACi 7.872/RS).

Como exposto, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de lei ordinária ou de lei complementar, nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares.

Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e de abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna.

Ressalte-se que, por sua própria natureza constitucionalmente estabelecida, os tratados internacionais não se sujeitam aos limites formais e materiais das demais normas infraconstitucionais, ainda que federais. Por esse motivo, o Plenário, em decisão unânime, reconheceu a possibilidade de tratados internacionais conferirem isenção a tributos estaduais e municipais, na sessão de 16-8-2007 (RE 229.096/RS, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, Pleno, *DJ* de 11-4-2008).

De fato, não é razoável limitar a atuação do sujeito de direito público externo em função de restrições impostas à União, como entidade de direito público interno, consoante já haviam reconhecido os ministros Nelson Jobim e Celso de Mello na ADI 1.600/DF, Pleno, *DJ* de 20-6-2003.

Igualmente, não se justifica a restrição da cooperação internacional pela República Federativa do Brasil, resguardada no art. 4º, IX, da Carta Magna, em razão de regramentos típicos do âmbito interno, aplicados analogicamente, como reservas de iniciativa, distribuição de competências internas, ritos e procedimentos legislativos etc.

Os acordos internacionais, de forma geral e na medida em que atendidos seus específicos requisitos constitucionais, respeitam, a princípio, a separação de Poderes, a autonomia dos entes federativos e o princípio da legalidade.

Especificamente quanto aos tratados de extradição, a jurisprudência desta Corte sempre prestigiou seus termos, mesmo em relação às normas internas, a começar da já citada Ext 7, rel. min. Canuto Saraiva, julgado em 7-1-1914.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal denegou, em primeiro momento, a extradição, com fundamento na ausência de autenticação das decisões judiciais estrangeiras, exigida pelo art. 8º da Lei 2.416/1911, na sessão de 29-1-1913.

No entanto, informado, pelo então ministro da Justiça, da vigência do tratado de extradição firmado pelo Brasil e pelo Império Alemão, em 17-9-1877, esta Corte declarou nulo o acórdão de 29-1-1913 e prolatou nova decisão, em atenção ao referido tratado em 7-1-1914.

Ressalte-se que o referido tratado de 1877 já havia sido denunciado, naquele período que antecedia a I Guerra Mundial, mas continuava em vigor, por curto prazo pré-fixado, em razão da cláusula de transição nele prevista.

Essa longa tradição jurisprudencial de prestigiar os acordos internacionais de extradição também se fundava no caráter notoriamente especial das normas convencionais, como ficou claro no julgamento do HC 51.977/DF, rel. min. Thompson Flores, Pleno, *DJ* de 5-4-1974, assim ementado:

> *Habeas corpus*. Extradição. A arguição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. A existência de tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. Excesso de prazo não reconhecido, em conformidade com as disposições do tratado em questão. *Writ* indeferido.

Evidentemente, esses tratados internacionais vinculam o Estado brasileiro e todos seus Poderes, inclusive o Supremo Tribunal Federal e a Presidência da República. Daí por que, ao contrário do requerimento fundado em promessa de reciprocidade, o pedido de extradição apoiado em acordo internacional não comporta recusa arbitrária pelo Estado brasileiro, conforme bem esclareceu o ministro aposentado Francisco Rezek:

> 116. Discrição governamental e obrigação convencional. Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro cumpre honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, ao obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetiva a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. [REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190-191.]

Com efeito, a extradição não é nem exigida, nem proibida pelo direito internacional, considerado de forma geral, mas é regulada essencialmente pelos tratados internacionais bilaterais (VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. *Universelles Völkerrecht*. 3. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1984. p. 819). Isto é, existindo o tratado internacional, ela é exigível nos termos em que pactuada.

Cumpre ressaltar que as relações entre a República Federativa do Brasil e a República da Itália há muito são marcadas pela cooperação no plano extradicional. O Decreto 21.936, de 11 de outubro de 1932, que promulgou o Tratado bilateral de Extradição entre o Brasil e a Itália, firmado no Rio de Janeiro em 28 de novembro de 1931, já afirmava, em seu art. 4º, que "as Altas Partes contratantes concederão a extradição de seus próprios cidadãos, nos casos previstos no presente Tratado".

Atualmente, rege o processo extradicional entre Brasil e Itália o tratado de extradição assinado em Roma, em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Congresso Nacional em 20 de novembro de 1992 e promulgado pelo presidente da República (art. 84, VIII, CF/1988) em 9 de julho de 1993, cujo art. 1º diz o seguinte: "O Tratado de Extradição, firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, em 17 de outubro de 1989 apenso por cópia ao presente decreto, **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém**".

Assim, apresentado o significado dos tratados de extradição na ordem jurídica interna, cabe examinar especificamente a letra *f* do número 1 do art. 3º do tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália.

IV – A interpretação da letra *f* do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália

Na linha do raciocínio desenvolvido até o presente momento, entramos agora em pontos cruciais para a solução das controvérsias presentes neste processo de extradição. Devem ser respondidas questões mais específicas sobre o efetivo respeito ao tratado internacional por parte do presidente da República: Como deve ser interpretado e qual é a melhor interpretação da letra *f* do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália? Qual o significado da expressão "razões ponderáveis" e que tipo de comando normativo ela impõe aos seus aplicadores? Se ela concede poder discricionário para o aplicador, que tipo de discricionariedade é essa, conforme o conceito de discricionariedade definido pelos votos vencedores nesta Ext 1.085?

Passemos então à análise dessas questões.

O art. 1º do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália institui a obrigação das partes de extraditar, quando preenchidas as condições estabelecidas em seus dispositivos. Nesse sentido, acordou-se que "cada uma das partes obriga-se a entregar à outra, mediante solicitação, **segundo as normas e condições estabelecidas no presente tratado**, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciais da parte requerente (...)".

O mesmo instrumento fixou os casos que autorizam a extradição (art. 2º) e listou hipóteses em que esta não poderá ser concedida: em casos específicos que ensejam recusa da extradição (art. 3º); em caso de a infração determinante da extradição ser punível com pena de morte (art. 4º); e em caso de ausência de respeito aos direitos fundamentais do apenado (art. 5º). As situações em que a recusa da extradição será facultativa também foram enumeradas pelo tratado (art. 6º).

É cediço que o processo de extradição funda-se não apenas na reciprocidade, mas também na solidariedade internacional e no consenso dos países que o praticam. Nesse sentido, ressalte-se que as condições para extradição foram convencionadas entre Brasil e Itália, que expressamente fixaram, de comum acordo, seus limites.

Consequentemente, do tratado entre Brasil e Itália emana a necessidade de que, preenchidos os requisitos que autorizam a extradição – e não incidindo nenhuma hipótese de recusa – a solicitação deve ser concedida.

Das situações de caráter excepcional de não incidência das condições do tratado, merece especial destaque a descrita na letra *f* do número 1 do art. 3º, que prevê que a extradição não será concedida "se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados".

Esse dispositivo, ao prescrever que a parte requerida tem o poder de recusar a extradição com base em *razões ponderáveis*, concede ao Estado requerido importante poder de deliberação política.

É fato que vedação semelhante é comum em tratados internacionais, e pode ser também encontrada em outros instrumentos convencionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. O art. 22 (8) do Pacto de São José da Costa Rica prescreve que "em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas".

Entretanto, ainda que constitua disposição presente em diversos instrumentos internacionais, o tratado entre Brasil e Itália especifica que, nesses casos, a condição de não entrega do estrangeiro depende da existência de *razões ponderáveis*. Com isso, faz-se de especial relevo a ção do significado e dos limites normativos dessa expressão.

Sobre o tema, o jurista Luiz Olavo Baptista, em artigo no jornal *O Globo*, asseverou o seguinte:

> A expressão é "razões ponderáveis". Não é simples suspeita, sensação, são razões. Não são simples razões, são razões qualificadas pelo adjetivo ponderáveis. Este significa o que pode ser pesado, medido, o que, aliás, a raiz etimológica, a mesmo de peso, indica. Ou seja, devem ser razões de peso. [Luiz Olavo Baptista, Extradição e devido processo legal, *Estado de S. Paulo*, publicado em 23-3-2011.]

Parece evidente que a verificação da existência de *razões ponderáveis*, ainda que sugira uma margem de apreciação política por parte do intérprete, deve necessariamente ser interpretada de acordo com o contexto no qual a situação encontra-se inserida. Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, essa expressão

deve ser objeto de uma hermenêutica que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação.

Não se trata, assim, de uma simples avaliação subjetiva, que possa ser feita sem critérios. Além das próprias limitações formalmente acordadas pelas partes e expressamente dispostas no tratado, bem como do ordenamento jurídico interno – inclusive sua interpretação fixada pela Corte Suprema –, o agente público, ao apreciar a existência ou não dessas *razões ponderáveis*, em determinada hipótese, também está diretamente vinculado à *realidade fática* que esta corresponde.

Com isso, a avaliação sobre existência ou não de *razões ponderáveis* ter, no contexto da realidade internacional contemporânea, estreita ligação com o Estado Democrático de Direito e com a garantia de que direitos fundamentais do extraditando serão preservados pelo país requerente, a partir de elementos concretamente aferíveis. Caso contrário, haveria *razões ponderáveis* que o pedido de extradição fosse recusado.

A legitimidade de um país como garantidor dos direitos fundamentais pode ser aferida não apenas pela solidez e seriedade de suas instituições nacionais, no plano interno, mas também pelo papel que o Estado exerce em âmbito mundial.

No caso específico, ainda que seja mais do que evidente que a Itália encontra-se inserida no rol dos Estados que prezam pela democracia e pelo respeito incondicional aos direitos humanos, sua participação em organismos mundiais ou blocos regionais, como a União Europeia, dá maior solidez a esta sua condição, haja vista, inclusive, a previsão de sistema multinível de proteção aos direitos humanos: a eventual falha de um nível de proteção (âmbito nacional) poderá ser reconsiderada por um outro nível, que lhe é superior (âmbito comunitário).

Ressalte-se que é evidente que as hipóteses de *perseguição* ou *discriminação* descritas na letra *f* do número 1 do art. 3º podem ter forte caráter pessoal. A história de vida e os precedentes de determinado extraditando muitas vezes podem conduzir a eventual necessidade de que sua extradição seja recusada, com fundamento nesse receio.

Entretanto, suposta alegação de que um extraditando poderá ser perseguido ou discriminado, bem como ter sua situação agravada, com base em reações da sociedade à sua vida pregressa, também encontra limites na própria conjuntura atual do país requerente.

Clamor popular, declarações da imprensa ou demonstração de *estado de ânimo* contra o extraditando são situações normalmente restringidas por um ordenamento jurídico estável. Negar uma extradição com base em manifestações populares de sociedade notoriamente marcada pela democracia não teria cabimento. É presumível que um Estado internacionalmente comprometido com os direitos fundamentais seja capaz de garantir a proteção do extraditando.

Enfatize-se que, em casos de extradições polêmicas, é possível encontrar, em ambos os Estados – requerente e requerido – manifestações contrárias e

favoráveis à entrega do extraditando. Meras declarações de opinião, ainda que emitidas por mídia sensacionalista, não têm o condão de configurar ocorrência do requisito *razões ponderáveis,* nos termos do tratado entre Brasil e Itália. Vinculam-se, por sua vez, à liberdade de expressão, igualmente garantida e limitada pelo Estado Democrático de Direito.

É preciso verificar, então, quais foram os fundamentos da decisão do senhor presidente da República, que recusou a extradição de Cesare Battisti, para se saber se são *razões ponderáveis,* aptas a alicerçar a negativa da extradição, em razão de submissão da pessoa reclamada a atos de perseguição ou discriminação, por motivos relacionados à opinião política ou à condição pessoal, de modo que a situação do extraditando possa ser agravada.

No tópico seguinte, entraremos mais a fundo nesses temas.

V – A reiteração das razões da concessão do refúgio na decisão que recusou a extradição

O Parecer AGU/AG 17/2010, que fundamenta a decisão do presidente da República de recusa à extradição, declaradamente estrutura-se da seguinte maneira:

a) afirma que o presidente da República possui **discricionariedade** para decidir sobre a extradição, nesta terceira fase do processo extradicional, **como consequência da aplicação do tratado, que conta com regra específica nesse sentido**;

b) em seguida, afirma que a análise presidencial recairá sobre dois aspectos, ou planos interpretativos:

b.1) eventual agravamento da situação pessoal do interessado, caso se efetive a extradição; e

b.2) preocupação com o contexto que espera pelo extraditando no país requerente.

Cumpre analisar, nesse diapasão, se a decisão do presidente da República amolda-se aos termos da avença internacional. Ou seja, deve-se verificar se os fundamentos da decisão presidencial (**agravamento da situação pessoal do extraditando e preocupação com o contexto político que o aguarda no país requerente**) representam *razões ponderáveis* a ensejar a negativa da extradição deferida por este Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, deve-se ressaltar que os fundamentos da decisão presidencial que recusou a extradição são, em essência, os mesmos utilizados pelo ministro da Justiça, por ocasião da concessão de refúgio ao extraditando.

A decisão do ministro da Justiça, que deu provimento a recurso administrativo interposto por Cesare Battisti contra decisão do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e reconheceu a condição de refugiado do extraditando, é de todos conhecida e foi objeto do acórdão que julgou essa Ext 1.085.

Sem querer me estender, mas apenas para relembrar à Corte, a concessão do refúgio ao extraditando fundamentava-se no art. 1°, inciso I, da Lei 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, *in verbis*:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

A fundamentação lançada pelo ministro da Justiça refere-se ao fato de que o extraditando teria se envolvido em organizações ilegais e criminosas por motivos políticos e que seus crimes teriam conotações também políticas, de modo que haveria fundado temor de perseguição por motivo de suas atividades pretéritas, o que ensejaria a concessão de refúgio nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997.

Nesse sentido, assim dispôs o ministro de Estado da Justiça em sua fundamentação (p. 2962 dos autos da Ext 1.085):

> Por motivos políticos o recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. **O elemento subjetivo do "fundado temor de perseguição" necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado**.
>
> À luz do que foi brevemente relatado, **percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica italiana e das movimentações políticas que ora deram estabilidade, ora movimentação e preocupação ao recorrente, o elemento subjetivo, baseado em fatos objetivos, do "fundado temor de perseguição"**, necessário para o reconhecimento da condição de refugiado.

Conforme mencionei acima, o Supremo afastou a configuração de crimes políticos, assentando tratar-se de crimes comuns, bem como tornou insubsistente a concessão de refúgio ao extraditando, por não vislumbrar qualquer temor de perseguição política relativamente a ele em seu país de origem.

A ementa n. 4 do referido acórdão deixa clara a decisão deste Supremo Tribunal no que toca ao ato concessivo de refúgio ao extraditando:

> **4. Extradição. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido.**

Interpretação do art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR). Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. [Sublinhei.]

O ministro Cezar Peluso, em voto condutor do julgamento, afirmou que a concessão de refúgio deve ater-se às hipóteses previstas na legislação de regência da matéria, de modo que os fatos elencados como motivadores do *fundado temor de perseguição política* devem corresponder à realidade vivenciada atualmente. Assim se pronunciou o então relator desta Ext 1.085:

> A condição de refúgio foi, expressamente, reconhecida, no caso, pela autoridade administrativa, com base nos termos do inciso I. Daí que, ancorando toda sua suposta legalidade nessa específica hipótese normativa (*fattispecie* abstrata), é preciso, no exercício da atividade de controle dos seus aspectos jurídico-formais à luz dos requisitos de estrita legalidade, verificar se a decisão atendeu, segundo a motivação declarada, ao conjunto dos elementos de fato previstos na norma em que se apoiou (*fattispecie* concreta). Em palavras mais simples, cumpre ver se, para justificar a concessão de refúgio ao extraditando, deveras constam fatos invocados e provados, capazes de corresponder à hipótese de "**fundados temores de perseguição** *por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou* **opiniões políticas**".
>
> E, mais, atendo-se ao âmbito objetivo dessa previsão legal, é preciso investigar se há receio, não apenas *fundado*, enquanto deva encontrar suporte em fatos provados, com idoneidade para gerar temores racionais, mas também se tal receio seria *atual*, no sentido de que, como possibilidade de continuar no futuro, subsista ainda agora, como séria ameaça à dignidade do extraditando, a eventual situação de risco de perseguição, e, com tal força que lhe impossibilite o legítimo exercício dos seus direitos de pessoa e de cidadão perante o Estado requerente.
>
> E não é tudo, pois insta sobretudo por a limpo se o pretenso temor, ainda quando fundado e atual que seja, não estaria relacionado menos com risco exclusivo de perseguição política, enquanto ingrediente necessário da hipótese dessa especial *causa extrínseca* obstativa de extradição, do que com procedimentos judiciais em que, por razões políticas, o Estado requerente não consegue proteger os direitos básicos de um julgamento imparcial e justo.

Seguindo o voto condutor do julgamento, no sentido de afastar a legalidade do ato concessivo do refúgio, o ministro Cezar Peluso referiu-se aos critérios estabelecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) para auxiliar na determinação da condição de refugiado:

> **56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém relembrar que um refugiado é uma vítima – ou uma vítima potencial – da injustiça e não alguém que foge da Justiça.**

Em arremate à análise acerca da decisão do ministro da Justiça que concedeu o refúgio, concluiu o ministro Peluso, no que foi acompanhado pela maioria da Corte:

> Trata-se, portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e ineficácia, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição, como, ademais, há de ficar ainda mais translúcido no exame do mérito.
>
> O ato é ilegal. Era correta a decisão do Conare.

Não obstante, o Parecer AGU/AG 17/2010, que fundamentou a decisão do presidente da República que recusou a extradição, obliquamente reabriu a discussão e resgatou fundamentação idêntica àquela já afastada pela maioria do Tribunal.

Ao trazer à tona passagem do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio na Ext 1.085, em que Sua Excelência registra que as sentenças italianas que condenaram o extraditando fizeram diversas referências a *movimento de subversão da ordem estatal*, o parecer em exame claramente retoma, em sua fundamentação, as razões utilizadas para a concessão do refúgio.

Ocorre que o ministro Marco Aurélio ficou vencido nessa parte de seu voto, que mantinha a concessão de refúgio e a configuração de crimes políticos, ambos afastados pelo Tribunal no julgamento dessa Ext 1.085. Ainda assim, o Parecer AGU/AG 17/2010 o menciona, nos seguintes termos:

> O Ministro Marco Aurélio teria reconhecido como procedente alegação da defesa do extraditando, referente às seguintes circunstâncias:
>
> a) o Presidente da República Italiana teria expressado profundo estupor e pesar em carta dirigida ao Presidente do Brasil,
>
> b) o Ministro das Relações Exteriores da Itália registrava queixa e surpresa para com os fatos,
>
> c) o Ministro da Justiça na Itália teria acenado com a possibilidade de dificultar o ingresso do Brasil no G-8,
>
> d) o Ministro da Defesa da Itália teria ameaçado de se acorrentar na porta da embaixada brasileira na Itália,
>
> e) o Ex-Presidente da República Italiana teria afirmado que o nosso Ex-Ministro da Justiça do Brasil teria dito algumas cretinices,
>
> f) o Ministro italiano para Assuntos Europeus teria considerado vergonhosa a decisão do governo brasileiro,
>
> g) o Vice-Presidente da Itália teria proposto um boicote a produtos brasileiros,
>
> h) o Vice-Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Itália teria suscitado um boicote turístico ao Brasil. [Parecer AGU/AG 17/2010, p. 4302 dos autos da Ext 1.085.]

Todas essas referências feitas pelo ministro Marco Aurélio cuidam de reações de autoridades italianas à decisão do ministro de Estado da Justiça do Brasil, que concedeu refúgio a Cesare Battisti. Nenhuma das reações indicadas refere-se ao extraditando diretamente, mas à posição que o Estado brasileiro

estava a adotar, a qual colocava sob suspeição o adequado funcionamento das instituições do Estado italiano.

A partir dessas considerações, repita-se, afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento dessa Ext 1.085 rejeitou a configuração de crimes políticos, bem como a concessão de refúgio, e deferiu o pedido extradicional, o Parecer AGU/AG 17/2010 retoma essa linha de argumentação, desta feita para respaldar a decisão presidencial que recusou a extradição.

Nesse sentido, o referido parecer afirma que o caso Battisti teria ganhado contornos de clamor, de polarização ideológica, o que geraria circunstância que teria o condão de agravar a situação pessoal do extraditando. Para justificar sua assertiva, o Parecer AGU/AG 17/2010, fundamento da decisão do presidente da República, cita diversas matérias jornalísticas que se manifestaram sobre o assunto (fls. 4303-4304 dos autos).

Todas as matérias jornalísticas listadas pelo parecer referiram-se à concessão do refúgio ao extraditando por parte do ministro da Justiça brasileiro, cada uma delas, a seu modo, manifestando o descontentamento com o menoscabo que a decisão ministerial teria representado relativamente às instituições do Estado italiano.

Consoante mais do que conhecido por todos e já mencionado no meu voto, todas essas colocações restaram ultrapassadas, tendo em vista que o Supremo afastou a concessão do refúgio e deferiu a extradição de Cesare Battisti.

Todavia, o parecer AGU/AG 17/2010, após citar as referidas matérias da imprensa italiana, afirma:

> Nesse sentido, as informações acima reproduzidas justificam que se negue a extradição, por força mesmo de disposição convencional. O Presidente da República aplicaria disposição da letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal. [Fl. 4305 dos autos da Ext 1.085.]

E, nesse ponto, conclui o parecer que serviu de fundamento à decisão do presidente da República que "**A situação sugere certo contexto político, podendo acirrar paixões**. Esse núcleo temático, que enseja preocupações, exige ampla reflexão em torno da situação pessoal do extraditando. Concretamente, **há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais**." (Fl. 4306 dos autos da Ext 1.085.)

Além de reiterar os argumentos utilizados para a concessão do refúgio, ou aqueles trazidos por alguns ministros desta Corte por ocasião do exame do ato concessivo do refúgio ao extraditando, **já superados pelo acórdão que julgou a Ext 1.085**, o Parecer AGU/AG 17/2010 afirma, **laconicamente**, que a extradição deve ser recusada em razão de *certo contexto político,* que pode *acirrar paixões,* e que, portanto, *há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais.*

Mais uma vez cumpre ressaltar que o refúgio foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou os delitos praticados pelo extraditando crimes comuns e, assim, deferiu o pleito extradicional.

Este Tribunal concluiu que o ato concessivo de refúgio não é discricionário, mas vinculado às hipóteses previstas na legislação de regência, portanto, não é ato meramente político. **Desse modo, não é cabível reiterar a argumentação do ato concessivo de refúgio para, agora, recusar a extradição**.

A legislação aplicada pelo ato concessivo de refúgio menciona como autorizador de seu reconhecimento, no que interessa, ***fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas*** (art. 1, I, da Lei 9.474/1997). O tratado de extradição entre Brasil e Itália traz, como hipótese de recusa à extradição, o fato de a parte requerida possuir *razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será* ***submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de opinião política****, condição pessoal; ou que* ***sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados*** (art. III, item 1, letra *f*, do referido Tratado de Extradição).

Nota-se grande similaridade entre as hipóteses legal de refúgio e convencional de recusa da extradição. O julgado do Supremo, que afastou o reconhecimento do refúgio, transitou em julgado, todavia, sob fundamento em tudo similar intenta-se justificar a recusa da extradição.

O que está em jogo, agora, é a observância, pelo Estado brasileiro, de tratado internacional (e da decisão desta Corte que determinou que o presidente da República cumprisse a referida convenção internacional), celebrado espontânea e soberanamente pelo país. Tratado, este, conforme visto, regularmente ratificado pelo Congresso Nacional e, depois, incorporado à ordem jurídica interna.

Nesse contexto, o cumprimento do tratado de extradição em exame revela-se obrigação internacional assumida pelo Brasil, pela qual pode ser responsabilizado, e sua incorporação à ordem jurídica interna o convola em parâmetro normativo aferível, também, internamente.

Significa dizer que o Congresso Nacional e o presidente da República obrigaram o Estado brasileiro aos termos da convenção internacional e agora compete ao Poder Judiciário, representado por este Supremo Tribunal, dar a devida efetividade ao texto convencionado.

Conforme salientado por este Tribunal, a República Federativa do Brasil está comprometida com os termos da Convenção, e seu eventual descumprimento por decisão do presidente da República deve ser glosado pelo Supremo, em razão do próprio princípio da separação dos Poderes.

A análise, nos autos da extradição de que se cuida, cinge-se, portanto, a perquirir-se a adesão da decisão presidencial, especialmente de seus fundamentos, ao preceituado pelo art. III, 1, *f*, do Tratado de Extradição Brasil-Itália, visto que o acórdão inicial dessa Ext 1.085 vinculou a decisão do presidente da República aos termos convencionados.

Salientei que não há que se falar em discricionariedade, mas apenas em apreciação dentro das margens do que foi convencionado e levando-se em consideração o que decidido por este Tribunal.

Nesse sentido, lembro que **não há óbice a que o presidente da República, na qualidade de chefe de Estado, proceda aos atos necessários para denunciar o tratado e, assim, desobrigar o país com relação aos seus termos. Todavia, em plena vigência do acordo internacional não é lícito que uma das partes signatárias recuse-lhe a devida aplicação**.

Ademais, afirmar a higidez da decisão proferida pelo presidente da República seria admitir que as mesmas razões são inadequadas quando emanadas do ministro da Justiça para a concessão do refúgio, porém lícitas quando exaradas como fundamentos da decisão do presidente da República de recusa da extradição.

E não se deve referir à diferença entre os parâmetros de controle (a Lei 9.474/1997, para o refúgio, e o tratado de extradição Brasil-Itália, no exame ora em curso), uma vez que os comandos normativos utilizados são em tudo similares, assim como as fundamentações efetivadas, e ambos os diplomas possuem real e atual força normativa.

Também não se deve procurar distinguir entre as autoridades que proferiram as decisões, visto que ministros de Estado, no vigente sistema constitucional, são auxiliares do presidente da República, que laboram se e enquanto gozarem da confiança do chefe do Poder Executivo, de modo que se presume que seus atos contam com a concordância presidencial, o que restou evidenciado na hipótese de que se cuida.

A recusa da extradição, diante dos termos convencionados, possui fundamentação vinculada ao art. III do Tratado, e as expressões "razões ponderáveis" e "agravamento da situação pessoal" do extraditando, embora comportem alguma elasticidade interpretativa, devem encontrar uma correspondência em fatos concretos objetivamente aferíveis.

A dificuldade hermenêutica diminui, no caso, em razão da identidade prática entre os fundamentos elencados para a concessão do refúgio e os utilizados para alicerçar a recusa da extradição, visto que o Supremo já os afastou no julgamento inicial desta Ext 1.085.

A indagação que causa alguma perplexidade é esta: Fundamentos afastados pelo Supremo, no exercício de sua competência originária de processar e julgar extradição (art. 102, I, *g*, CF/1988), por ocasião da invalidação do ato de concessão de refúgio tornam-se hígidos se apoiadores de decisão presidencial de recusa da extradição, quando os parâmetros normativos são bastante similares?

O presidente da República deve fundamentar a recusa da extradição em fatos verdadeiros, efetivos e atuais. **Se o Supremo tornou insubsistente o ato**

ministerial baseado em idênticas razões, outra sorte não deverá ter o ato emanado da Presidência da República.

Assim, levando-se em consideração a decisão inicial do Supremo neste caso, os fundamentos do ato concessivo de refúgio e, agora, da decisão de recusa da extradição, **verifica-se que esta última não trouxe elemento diverso a ser considerado pela Corte, em nada inovando com relação ao debate travado anteriormente, de forma que subsistem as razões expendidas pelo STF quando negou qualquer tipo de perseguição política a Cesare Battisti, ou agravamento de sua situação pessoal, e invalidou o refúgio que lhe fora concedido**.

No voto que proferi por ocasião do julgamento da extradição, assentei que os **delitos que embasam o pedido de extradição neste caso constituem-se de quatro homicídios premeditados.**

Encontram-se nos autos as seguintes descrições dos fatos, consoante a tradução que acompanha o pedido extradicional, *ipsis literis* abaixo transcrita:

> **Homicídio de *Antonio Santoro*, marechal dos agentes de custódia do cárcere de Udine, acontecido em Udine em 6-6-1978.**
>
> Na manhã de 6-6-1978 o marechal Santoro percorre a pé a rua Spalato em Udine para recar-se da sua casa ao trabalho, isto é, ao cárcere.
>
> Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.
>
> Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção a via Pola.
>
> Duas testemunhas retém de poder identificar o modelo do carro: um Simca 1300 ou um Fiat 124.
>
> Lá pelas 13:00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.
>
> O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar os fios do implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.
>
> Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.
>
> As sucessivas investigações, permeteram de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando *Cesare Battisti*, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.
>
> A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruida: o *Battisti* e Enrica *Migliorati*, ficaram abraçados por cerca 10 minutos a apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro *Mutti* e Claudio *Lavazza*, esperavam no carro a chegada da vítima.
>
> *Battisti* se destacou imediamente da *Migliorati*, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase a queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o *Battista* e a *Migliorati* correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (bigode e barba postiça para o *Battisti*, peruca ruiva para a *Migliorati*, peruca preta para o *Lavazza*) e chegaram à estação de Palmanova, onde o *Battisti* desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do *Battisti* que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de *Lino Sabbadin* acontecido em Mestre em 16-2-1979.

No dia 16-2-1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue dirigido por *Lino Sabbadin* em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio *Sabbadin* em pessoa, extraiu fulmineamente uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O *Sabbadin* vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso, ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do *Sabbadin* eram *Cessare Battisti* e *Diego Giacomini*, este último tinha aberto fogo com uma pistola semi-automática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o *Sabbadin* e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, *Paola Filippi*, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de *Pierluigi Torregiani*, acontecido em Milão em 16-2-1979.

Às 15:00 horas de 16-2-1979, enquanto se dirigia para a sua loja, à pé, em companhia de seus dois filhos menores, *Pierluigi Torregiani* cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente e disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho resterá paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de *Lino Sabbadin* e, o *Torregiani* também, como o *Sabbadin*, em precedência tinha reagido com arma da fogo a uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão

acontecido em 23-1-1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de *Torregiani*, mas de um outro comensal que se incontrava no local.

A decisão de matar o *Torregiani* amadureceu juntamente com aquela de matar o *Sabbadin*: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporâneamente e unitáriamente reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de *Pietro Mutti* e *Luigi Bergamin*, às quais o *Battisti* sempre partecipou e, todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto *Battisti* se assumiu a função de executor material do homicidio de *Lino Sabbadin* mas teve função decisiva no homicidio *Torregiani*, mesmo se não partecipou materialmente a execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicidio de *Sabbadin*, *Battisti* procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente os autores materiais do homicídio *Torregiani* e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reinvindicação, depois de ter sentido a notícia do assassinato de *Torregiani* pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de *Mutti* e de *Bergamin*, *Battisti* reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14-2-1979 a casa de *Bergamin*, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicidio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação à qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois *Battisti* partecipou materialmente ao homicídio de *Lino Sabbadin*.

Em definitivo, o *Battisti*, seja enquanto partecipante da decisão colegial que diz respeito a ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio *Sabbadin* e autor da única reinvidicação de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio *Torregiani*.

Homicídio de *Andrea Campagna*, acontecido em Milão 19-4-1979

Às 14:00 horas do dia 19-4-1979, o agente de Polícia de Estado *Andrea Campagna*, membro da *Digos* de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta à qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado a via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

A este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

Lorenzo Manfredi, pai da namorada do *Campagna*, tentava de intevir, mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado a esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O *Campagna* vinham imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os acertamentos médico-legal dispostos sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos

explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o *Campagna* ainda vivo girava verso o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o gente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio *Torregiani*, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar *Campagna* foi assumida, como emergeu do proseguimento das investigações, principalmente por *Battisti*, por *Claudio Lavazza*, *Pietro Mutti* e *Bergamin Luigi*, pois que o *Campagna* tinha partecipado à prisão de alguns presuntos autores do homicídio de *Torregiani*.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo *Battisti*, que controlou por um período os movimentos e hábitos do *Campagna*.

Além disto foi o próprio *Battisti* que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava à bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

A partir dessas descrições dos fatos, **verifica-se que os crimes praticados pelo extraditando são gravíssimos (quatro homicídios qualificados), bastando observar o contexto em que foram executados – mediante premeditação e emboscada –, com o claro propósito de eliminar as vítimas, por vingança.**

Impõe-se, portanto, ao Estado brasileiro, considerados os parâmetros objetivamente estabelecidos no acórdão que deferiu a extradição, e em razão da imperiosa necessidade de se cumprirem os termos do tratado celebrado, realizar a entrega do extraditando.

Diante do exposto, voto no sentido de se julgar procedente a reclamação e resolver o incidente de execução na extradição, para **desconstituir o ato do senhor presidente da República e determinar a imediata entrega do extraditando ao país requerente**, restando, em consequência, prejudicados os exames da ADI 4.538 e da ACO 1.722.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, desde logo gostaria de dizer que, diferentemente do que foi sustentado, não me parece descabida em abstrato a reclamação, e por várias razões, me parece: primeiro porque, tal como nós dissemos na decisão tomada na extradição, a decisão do presidente da República deveria pautar-se por aquilo que está estabelecido no tratado. E é inegável que há um interesse, um interesse jurídico relevante, do Estado requerente, como não me parece que aqui se possa arguir, como se fez de plano, o não cabimento da reclamação, alegando-se uma ilegitimidade de parte.

Ademais, é evidente e manifesta – e esse foi o objeto de todo o debate no julgamento da extradição – a existência de um tratado bilateral entre o Brasil e a Itália. Até me pareceu – diria, sem querer ser irônico – ultramontano essa

invocação de soberania nesses limites, no contexto em que nós estamos inseridos, do chamado modelo do Estado cooperativo.

Cada vez mais os Estados se entrelaçam nessas relações; os tratados assumem inclusive força, às vezes, de norma superior ou idêntica à Constituição. Nós mesmos tivemos isso em relação aos tratados de direitos humanos, a questão sobre o Pacto de São José, o modelo de Estado cooperativo. Quem sabe dizer hoje o que é o modelo europeu, o modelo da União Europeia, com esse entrelaçamento existente entre a chamada União Europeia e os Estados da agora Comunidade Europeia, submetidos ao Tratado de Direitos Humanos, submetidos a duas cortes importantes, a Corte de Justiça de Luxemburgo e a Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo? E hoje, no próprio Tratado de Lisboa, manda-se observar também os parâmetros dessa Convenção Europeia no âmbito da União Europeia. Então, parece-me que é preciso redimensionar essa questão.

E não é estranho ao nosso modelo, nem haveria grande dificuldade, pelo menos do ponto de vista de uma metonímia processual, admitir a presença de um Estado contra a União, e é disso que me parece cuidar. E não fosse isso, obviamente, a questão poderia ser suscitada, a meu ver, como nós admitimos expressamente quando do julgamento da extradição, em sede de incidente de extradição, de execução da extradição.

De modo que não me impressiona, mas vou fazer as considerações, porque há uma série de implicações e, no fundo, aqui, há uma relação difícil de separar entre as próprias questões que são colocadas como condições da ação e as questões de mérito envolvidas.

PROPOSTA

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, creio que temos preliminares veiculadas, especialmente, pelo fiscal da lei, que é o procurador-geral da República.

E a organicidade do próprio direito direciona, como previsto no Código de Processo Civil e também no Regimento do Tribunal, ao destaque do tema, porque, uma vez acolhida a preliminar – quer sob o ângulo da legitimidade do Estado italiano, quer sob o ângulo do interesse de agir, quer sob o ângulo, para mim, da natureza da decisão proferida pelo Supremo –, não iremos ao mérito. Por isso, devemos destacar a matéria e enfrentá-la, como preconizado pela legislação de regência, sob pena de estabelecermos, para este caso, normas especiais.

É a questão que peço a Vossa Excelência que submeta à deliberação do Colegiado.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, eu já encaminhei o voto nesse sentido. Entendo, inclusive, que é extremamente difícil de se fazer aqui a separação, tendo em vista que temos a discussão no próprio incidente

de execução da extradição, conforme nós já havíamos admitido por ocasião da discussão, e temos também a discussão sobre o cabimento ou não da reclamação.

Nos dois casos, nós admitimos expressamente que o presidente teria uma suposta discricionariedade nos termos do tratado.

É elementar, parece-me, no âmbito do Estado de Direito, que não haja, nesse Estado de Direito, soberanos. Quer dizer, todos estão submetidos às regras estabelecidas na Constituição. De modo que qualquer ato praticado pelo presidente da República estaria submetido a um processo de exame perante esta Corte, mas não para se saber se de fato há essa compatibilidade. E foi exatamente essa a premissa que dimanou daquele julgamento.

De modo que sugiro que essas questões sejam apreciadas conjuntamente com o exame que se vai fazer ao longo do meu voto e, aí, sim, vamos nos pronunciar sobre o eventual cabimento da reclamação ou sobre o incidente de execução, ou não, na extradição. Parece-me que deve ser este o encaminhamento.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, pela ordem, a ordem de votação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pois não.

O sr. ministro Luiz Fux: É a primeira vez que participo do debate sobre a questão, mas, com relação a essa questão técnica trazida a lume pelo ministro Marco Aurélio, eu gostaria apenas de relembrar que o art. 560, que se aplica subsidiariamente aqui ao rito da reclamação, dispõe que:

> Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.

Que é exatamente a hipótese a que o ministro Marco Aurélio se referiu. E eu relembraria a Vossa Excelência que, na última sessão, nós tivemos uma questão prejudicial de natureza formal sobre a presidência de um órgão colegiado e sobre a análise do mérito da aplicação de uma sanção por um órgão colegiado presidido por uma autoridade que eventualmente não teria essa legitimação. E entendemos, na oportunidade, que essa prejudicialidade formal, ou seja, Vossa Excelência mesmo anunciou aí da sua tribuna, que se nós chegássemos à conclusão de que aquela deliberação fora presidida por quem não estava investido de poderes, aquilo seria suficiente para barrar o exame no mérito.

Eu acho que, no caso específico, pelo menos à luz de uma das preliminares, eu tenho a impressão de que o Colegiado, nesse primeiro momento, tem que se posicionar sobre se vai debater essa questão preliminar, porque o que se coloca aqui é o seguinte: uma questão até antecedente à conferência de poderes discricionários ao presidente da República e se ele agiu na forma do tratado conforme os poderes discricionários conferidos pela decisão colegiada. Isto é o mérito da reclamação. É preciso saber se cabe reclamação a partir da premissa de que se o ato do presidente da República é um ato insindicável pelo Poder Judiciário, em

abstrato, não cabe a reclamação, porque o presidente da República não pode ter nem descumprido uma decisão judicial e nem invadido...

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Essa é outra questão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu só faria uma ponderação a Vossa Excelência e ao Plenário. Temos aqui duas questões por decidir: uma, constante de remédio jurídico específico, que é a reclamação, e outra, um pedido do extraditando nos autos da extradição.

O pedido nos autos da extradição – tenho a impressão, não me recordo de todo, mas o eminente relator me desmentirá ou corrigirá, se for o caso – consiste em que seja expedido imediatamente alvará de soltura. A propósito, decidi que essa matéria só poderia ser apreciada pelo Plenário, porque se trata de saber se o acórdão do Plenário do Supremo, expedido na extradição, foi cumprido ou não. De modo que, ainda quando se considere inadmissível ou não cognoscível a reclamação, a mesma matéria, que é objeto da reclamação, remanescerá como questão central da petição avulsa na extradição. Daí, não poderemos deixar, em nenhuma hipótese, embora não conheçamos da reclamação, de examinar, na petição avulsa, se o ato do presidente da República é, ou não, compatível com os termos do acórdão.

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, Vossa Excelência me permite? Eu necessariamente não preciso relembrar nem a Vossa Excelência nem ao Plenário que temos, nesta Casa, a praxe de deixar ao relator distinguir se precisa, para a análise das preliminares, adentrar o mérito ou não. E o encaminhamento dado pelo relator costuma ser adotado nesta Casa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, creio que devemos distinguir, e o faz o Regimento Interno e o Código de Processo Civil. O Regimento Interno vai além, para prever que, sendo suscitada preliminar, por qualquer ministro, será, antes do julgamento de fundo, apreciada. Realmente, conheço a prática no Tribunal no sentido de que compete ao relator conduzir o processo, mas cabe a observância, acima de tudo, das regras estabelecidas. E, como ressaltado pelo ministro Luiz Fux, temos não só o Regimento Interno, como também o Código de Processo Civil. O art. 136 do Regimento Interno é categórico:

> Art. 136. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas.
>
> § 1º Sempre que, no curso do relatório, ou antes dele, algum dos Ministros suscitar preliminar, será ela, antes de julgada, discutida pelas partes, que poderão usar da palavra pelo prazo regimental. Se não acolhida a preliminar, prosseguir-se-á no julgamento.

O Código – que é aplicável ao Judiciário brasileiro como um grande todo, inclusive no âmbito do Supremo – prevê expressamente:

> Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento [e foi suscitada a questão preliminar, como ressaltei, pelo procurador-geral da República e

também pela defesa do extraditando] será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.

Não creio que possamos passar por cima dessas normas instrumentais, mesmo porque – e reafirmo aqui o que sempre ouvi, no Plenário, do ministro Néri da Silveira – o Supremo é um Tribunal comprometido com princípios. E já disse que um suspiro no âmbito deste Colegiado repercute no Judiciário como um todo. Norma instrumental, para mim, presidente, é liberdade, é segurança, acima de tudo.

Agora, de qualquer forma, é um ponto de vista. Tem-se o Colegiado para deliberar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só estou ponderando mais uma vez. Acho que, do ponto de vista regimental e do ponto de vista dogmático, tudo isso é absolutamente correto. Mas estou fazendo a observação de que há, no contexto do julgamento conjunto, uma questão preliminar, mas não há uma prejudicial. Isto é, ainda que se decida pela inadmissibilidade da reclamação, vamos ter que enfrentar, na petição avulsa da extradição, a mesma matéria que constitui objeto do mérito da reclamação.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Presidente, coloca em votação.

A sra. ministra Ellen Gracie: Por que haveria o Tribunal de se intimidar em enfrentar o mérito, se o relator diz que, para o deslinde das preliminares, ele precisa ingressar no mérito?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Sobre o argumento, trazido pelo ministro Fux, da eventual insindicabilidade, como fazer esse exame sem examinar o próprio ato do presidente da República?

O sr. ministro Marco Aurélio: Lançando as premissas, Excelência. Vossa Excelência é um homem inteligente!

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Exatamente. Por isso que se deveria confiar a palavra ao relator.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência é um homem inteligente!

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Claro. Não nego isso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Afirmo peremptoriamente, sou testemunha!

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A modéstia me impede de afirmar com muita retórica, mas é verdade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Afirmo peremptoriamente. Simplesmente não aquiesço, e anuncio, proclamo.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Mas, em relação a isso, então, a questão da insindicabilidade nos levaria a examinar aquilo que já se repudiou na República Velha, nas lições de Rui, sobre a chamada *political question*, toda vez que a questão envolvesse direito subjetivo.

Mas, nem vou entrar nessa questão, presidente, é que, para se afirmar isso, é preciso examinar, é preciso saber de que ato estamos a falar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Fora disso, eu já teria expedido o alvará de soltura.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Sim.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, pela ordem.

O sr. ministro Ayres Britto: Ao que parece, a preliminar de legitimidade de parte é incompatível com o julgamento do mérito, se o Tribunal...

O sr. ministro Luiz Fux: Não, acho que só essa.

O sr. ministro Ayres Britto: Estou começando por essa.

O sr. ministro Marco Aurélio: O interesse jurídico.

O sr. ministro Ayres Britto: Há o interesse jurídico de agir.

O sr. ministro Marco Aurélio: A capacidade postulatória?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas o que o ministro Marco Aurélio levantou é que nós devemos votar, primeiro, a preliminar. É só isso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos decidir, se a maioria concluir de forma de diversa, paciência.

O sr. ministro Luiz Fux: Melhor então que votemos se nós vamos votar a preliminar primeiro.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ele quer que haja destaque da preliminar. É só isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só estou advertindo o Plenário, mais uma vez, de que, ainda que, por hipótese, se deixe de conhecer da reclamação, vamos ter de examinar o mesmo objeto de mérito da reclamação no pedido de...

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A mesma questão está posta na petição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas aí teríamos que examinar também a admissibilidade dessa petição. Não sei nem que tipo de recurso é esse, uma petição numa extradição.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, não há sobreposição.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): É uma petição da parte para que o extraditando seja libertado. E nós dissemos, na nossa decisão, que a própria decisão do presidente da República deveria estar consonante com os tratados.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Essa petição, para mim, tem a natureza de um *habeas corpus*.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, isso é mérito.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Mas esse *habeas corpus* precisa ser decidido. Isso é mérito.

O sr. ministro Marco Aurélio: As matérias são distintas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Terá que ser decidido, ministro.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Então já há uma decisão sem mérito.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, pela ordem, por hipótese. Primeiro lugar; todo ato postulatório, necessariamente, tem que passar pelo exame prévio de admissibilidade. Então, tem que saber se a reclamação é admissível. Segundo lugar; suponhamos que haja um entendimento esposado no sentido de que compete ao Supremo Tribunal Federal tão somente aferir os requisitos de possibilidade da extradição, a cognição termina aí, e, afora isso, a decisão é entregue ao presidente da República, que pode fazer o que dela quiser, *in abstrato*, em qualquer caso.

Então, não está em jogo o acórdão do Supremo que determinou que o presidente possa extraditar conforme o seu poder na forma do tratado, porque, *data maxima venia,* isto é o óbvio ululante, o presidente só pode extraditar na forma do tratado. Isso até, ainda que não tivesse sido dito, seria – digamos assim – subentendido.

Agora, aqui, nós estamos discutindo, em abstrato, se é cabível a reclamação de um Estado estrangeiro pelo fato de o Supremo Tribunal Federal, apesar de verificar preenchidos os requisitos da extradição, o presidente da República não ter concedido a extradição. Não ter extraditado o paciente, essa é a questão. Então, se uma parte entende assim, se há algum entendimento nesse sentido – e me parece que na discussão, pelo que eu li dos votos, surgiu essa discussão, naquela oportunidade –, o que parece é que, em abstrato, é preciso discutir se é cabível a extradição, porque é um ato postulatório e passa por esse exame de admissibilidade. Muito bem.

Então, o que eu sugeriria a Vossa Excelência, para nós encaminharmos o trabalho da melhor maneira possível – quem sou eu, que estou chegando agora, para sugerir alguma coisa com a experiência de Vossas Excelências –, mas eu sugeriria votar, exatamente, se nós pretendemos ou não apreciar a preliminar antes do mérito. Essa é a proposição do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não há nada a opor a isso, ministro.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu não estou dizendo que Vossa Excelência está opondo, estou dizendo que valia a pena o Colegiado se manifestar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu só estou dizendo que há uma preliminar, mas não há uma prejudicial.

O sr. ministro Marco Aurélio: Tornar-se-á prejudicial quanto ao mérito, a partir do acolhimento pela maioria.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Isso se decide ao votar a preliminar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A questão substancial posta, seja na petição inicial, na petição trazida pelos advogados de Cesare Battisti, seja na manifestação do governo italiano, nós temos que decidir sobre o deferimento ou não da soltura, da ordem de *habeas corpus*, ou pela manutenção da prisão. Isso terá que ser examinado no incidente suscitado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, essa é outra matéria.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não. Não é outra matéria não.

O sr. ministro Marco Aurélio: Porque, a meu ver, por exemplo, hoje já não há um título, como não houve durante a permanência do refúgio, a justificar a custódia, o cerceio à liberdade de ir e vir.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Mas Vossa Excelência ficou vencido nisto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, não. Refiro-me ao dia de hoje. Qual é o título?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Vamos só ser coerentes com o que foi decidido pelo Plenário. A AGU até invocou esse seu fundamento, mas não foi a decisão do Plenário. A decisão do Plenário foi em outro sentido.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, acho que aqui a questão é formal.

O sr. ministro Marco Aurélio: O extraditando vai permanecer preso indefinidamente, embora de forma provisória!

O sr. ministro Luiz Fux: Naquela oportunidade, Vossas Excelências julgaram um homem: o passado do homem ou o futuro desse homem. Hoje nós estamos julgando a soberania nacional. Estamos julgando uma questão sobre a soberania do nosso País. É isso que estamos julgando. É diferente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos julgar, presidente, a questão de ordem.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, nós temos uma questão de fundo por decidir: em suma, se deve, ou não, ser expedido alvará de soltura.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Nós não chegamos lá, senhor presidente, ainda.

O sr. ministro Luiz Fux: Isso é consectário, isso é efeito acessório.

O sr. ministro Marco Aurélio: Temos que apreciar, em primeiro lugar, a pertinência da reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Consectário de quê?

O sr. ministro Luiz Fux: Isso é efeito acessório, consectário da decisão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Efeito acessório de quê, ministro?

O sr. ministro Luiz Fux: Se nós entendermos que a reclamação não procede, que o presidente agiu bem, se o presidente agiu bem, a prisão é ilegal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência já está examinando agora o mérito da reclamação!

O sr. ministro Luiz Fux: Não. Não é o mérito, é só uma questão preliminar. Se nós entendermos que ela é insindicável, essa decisão do presidente, se a decisão do presidente for insindicável, o Supremo não pode avaliar a decisão do presidente, em abstrato.

A sra. ministra Ellen Gracie: É essa a posição de Vossa Excelência? Existem atos administrativos insindicáveis?

O sr. ministro Marco Aurélio: Ele permanecerá preso indefinidamente?

O sr. ministro Luiz Fux: Não. Eu não gosto de antecipar o voto, eu vou votar na hora certa. Mas, e se for?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Agora, presidente, está havendo uma mistura. O que me parece uma questão é a legitimidade da reclamação, eventual. Outra é a questão sobre o exame...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se o presidente da República decidiu bem ou mal, isso é o mérito mesmo da reclamação, ministro. Não é questão preliminar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): É o mérito da reclamação e um mérito do incidente. A insindicabilidade é uma outra questão.

O sr. ministro Luiz Fux: A distinção é, realmente, capilar. Mas ela existe. Saber se, abstratamente, sem levar em consideração o caso concreto, se é cabível. Eu entendi que foi essa a questão posta pelo ministro Marco Aurélio, essa questão preliminar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não, me parece que sejam duas questões, uma é a questão da legitimidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É a preliminar sobre conhecimento da reclamação.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Da reclamação. Outra é a insindicabilidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É outra coisa.

O sr. ministro Luiz Fux: Está bem. Então vamos pela admissibilidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: (relator): Só que isto envolve examinar o mérito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Da reclamação.

O sr. ministro Luiz Fux: Vamos na admissibilidade então.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, vamos examinar se o Tribunal vai conhecer, ou não, da reclamação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas há a questão da legitimidade ativa do governo italiano. São duas preliminares.

A sra. ministra Ellen Gracie: Também há o cabimento, a legitimidade ativa do Estado italiano, e, depois, a sindicabilidade do ato do presidente da República.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, para julgar essa preliminar, eu não conheço da reclamação. E, se essa tese for a vencedora, eu poderia pedir que os colegas possam se pronunciar mais imediatamente em razão do decurso do tempo. O ministro Gilmar vai defender a admissibilidade, depois terei a minha oportunidade de defender.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele já votou pelo conhecimento. Nós queremos saber se Vossa Excelência conhece, ou não, da reclamação.

O sr. ministro Luiz Fux: Não conheço da reclamação.

VOTO
(Sobre preliminar)

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, eu gostaria de saber quais as razões pelas quais os colegas não conhecem.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, se Vossa Excelência permitir, veicularei.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A preliminar de ilegitimidade que foi suscitada, porque o Estado estrangeiro não teria legitimidade para opor a reclamação.

O sr. ministro Marco Aurélio: Também a natureza do pronunciamento do Supremo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pessoalmente, senhor presidente, já esclareço, desde já, que eu entendo que não se trata da hipótese do art. 102, I, *e*, da Constituição Federal. Não estamos diante de um litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território. Nós estamos em face de um litígio entre dois Estados soberanos. Portanto, não é esta a hipótese, e o governo italiano é ilegítimo, do ponto de vista processual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra Ellen Gracie, Vossa Excelência conhece?

A sra. ministra Ellen Gracie: Sim, conheço.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço a Vossa Excelência que me viabilize a palavra, porque direi as razões pelas quais não admito a reclamação.

Em primeiro lugar, é inconcebível para mim, ante certo pronunciamento do Supremo no bojo de uma extradição, ter-se o governo requerente a impugnar um ato do presidente da República na condução da política internacional. E digo que esse ato não é passível de ser jurisdicionalizado, mostra-se essencialmente político, restrito, portanto, à atuação do Poder Executivo. Então, de início, tenho que não é parte legítima para questioná-lo, seja mediante este ou aquele instrumental, um governo estrangeiro. E lembro-me que estava fazendo atividade física, já às onze e trinta da manhã, quando, na Globo News, foi entrevistada a professora Lacombe, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E sinalizou que pronunciamento de fundo do Supremo nessa matéria – e sinalizou, para mim, com muita proficiência, dominando os acontecimentos deste processo de extradição – poderá criar uma crise institucional, substituindo-se o Supremo ao presidente da República, conduzindo o que cabe apenas ao chefe do Poder Executivo nacional fazê-lo, que é a política internacional.

Há mais, presidente. Qual a natureza da decisão proferida pelo Supremo? Proferimos uma decisão constitutiva? Proferimos uma decisão constitutiva condenatória quanto ao presidente da República? A resposta é desenganadamente negativa, e o é porque – penso que sempre foi a jurisprudência no caso de extradição, em que pese o vício de linguagem, eu mesmo já me penitenciei no que várias vezes proclamei o deferimento da extradição –, quando se enfrenta um pedido nessa área, apenas se examina, ante a ordem jurídica nacional, a legitimidade ou não desse pedido.

A decisão, quando positiva, é simplesmente declaratória; quando não seja positiva, é constitutiva negativa. Então, sim, o presidente da República tem obstáculo maior quanto à entrega do extraditando ao governo requerente.

O sr. ministro Ayres Britto: É vinculativa.

O sr. ministro Marco Aurélio: E a comprovar que não proferimos uma decisão constitutiva condenatória contra o presidente da República há a premissa de que ele não participou, ele não foi parte, na extradição, da relação jurídica processual. Valho-me, inclusive, do voto prolatado pelo ministro Eros Grau, que foi o voto médio que talvez tenha sugerido – não causado – essa celeuma toda.

O que consignou Sua Excelência?

> Tem-se bem claro, aí, que o Supremo Tribunal Federal autoriza, ou não, a extradição. Há de fazê-lo, para autorizar ou não autorizar a extradição, observadas as regras do tratado e as leis. Mas quem defere ou recusa a extradição é o presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII da Constituição), presentando [presentando, a expressão nos vem de Pontes de Miranda] a soberania nacional (veja-se os incisos [disse Sua Excelência, o ministro

> Eros Grau, e disse, e vou reafirmar o que sempre consigno, disse num grau elevado] XVIII, XIX e XX desse mesmo art. 84) (...).
>
> (...)
>
> Daí que o presidente da República está ou não obrigado a deferir extradição autorizada pelo Tribunal nos termos do Tratado.
>
> (...)
>
> Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis [sob pena de o Tribunal substituir-se ao presidente da República] pelo Tribunal, as descritas na alínea *f* do seu Artigo 3.1 [do Tratado]. Tanto é assim que o Artigo 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela parte requerida – e a "parte requerida", repito, é presentada pelo presidente da República – "mesmo parcial, deverá ser motivada".
>
> Pois esse Artigo 3.1, alínea *f* do Tratado estabelece que a extradição não será concedida se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que sua situação [isto é, da pessoa reclamada] "possa ser agravada" – vale dizer, afetada – mercê de condição pessoal. A parte requerida [isto é, o presidente da República] poderá, nessa hipótese, não conceder a extradição.

E vem um trecho muito explícito:

> Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de "conceito indeterminado".
>
> Nesses limites, nos termos do tratado, o presidente da República deferirá, ou não, a extradição autorizada pelo tribunal, sem que com isso esteja a desafiar sua decisão.
>
> Esse ponto é muito importante estabelecer porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso represente, da parte do presidente da República, qualquer desafio à decisão do Tribunal.

Não vejo, presidente, como se possa – e a reclamação pressupõe execução, possibilidade de execução do pronunciamento judicial – ter como adequada a medida, quando o ato se mostrou, simplesmente, declaratório – não foi, repito, condenatório do presidente da República, porque a extradição não é ação movida contra o presidente da República – da legitimidade do pedido formulado pelo governo estrangeiro.

Estou há mais de vinte anos no Tribunal. Geralmente, nas extradições, não se tem, sequer, a representação processual do governo requerente. Ela é possível, admito. Mas jamais me deparei com uma situação concreta em que, ante um pronunciamento positivo do Tribunal quanto à legitimidade do pleito formulado pelo governo requerente – o Executivo se recusando à entrega, o Executivo o fazendo, pelos meios previstos na ordem jurídica –, um governo estrangeiro tivesse adentrado o Supremo para questionar esse mesmo ato.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite?

A situação é tão absurda que nós poderíamos compará-la àquela que tivemos, na cena política latino-americana, há cerca de dois anos. Todos hão de se

lembrar que um presidente de uma república centro-americana foi destituído do seu cargo, e o embaixador brasileiro o acolheu na Embaixada brasileira. Poderia um país da região se insurgir contra o ato do presidente da República brasileira, que determinou ao embaixador brasileiro que acolhesse aquele presidente da República na nossa Embaixada, vir ao Supremo Tribunal Federal e pedir a impugnação da decisão do presidente da República que acolheu aquele chefe de Estado em desgraça? Poderia o Supremo Tribunal Federal desconstituir aquela decisão? Um ato de relações internacionais?

O sr. ministro Ayres Britto: Claro que não.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Claro que não. É uma situação parecidíssima, idêntica a esta. É evidente que esse tipo de ato não pode ser objeto de deliberação por esta Corte.

O sr. ministro Ayres Britto: Aplicabilidade jurisdicional aqui.

A sra. ministra Ellen Gracie: É considerar ou não como ato de execução de política externa, se é ato ou não da política internacional brasileira, esta particular opção do presidente da República. Se ela se equipara ao que foi aduzido da tribuna, como a negativa de concordar com censuras em órgãos internacionais, ou essa hipótese que o ministro Joaquim Barbosa agora nos traz.

Para decidir isso, presidente, necessariamente temos de entrar no mérito – o ministro Marco Aurélio está nos dando o exemplo repetindo o voto do ministro Eros Grau.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Então, nós não temos de decidir, porque isso não é matéria da nossa alçada.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Repetindo a discussão da extradição.

O sr. ministro Luiz Fux: Esta matéria está preclusa, não é, senhor presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos garantir ao ministro Marco Aurélio a conclusão do seu voto, por gentileza.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não estou indo ao mérito.

Presidente, colho do memorial distribuído pelo profissional da advocacia que assiste ao extraditando dois exemplos emblemáticos, tendo em conta postura de reciprocidade quanto ao respeito à soberania do Estado. O primeiro está ligado a uma ativista italiana do mesmo período de Battisti. E então tivemos que o Tribunal, na França, concluiu pela legitimidade do pedido, e o presidente da República resolveu, deliberou, no campo da condução – repito – da política internacional do Estado francês, não proceder à entrega.

A sra. ministra Ellen Gracie: Isso foi questionado em juízo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não me consta que tenha havido o insurgimento do governo italiano. Mais do que isso, na Inglaterra, quanto ao general Augusto Pinochet, a Câmara dos Lordes, em dois julgamentos, pronunciou-se pela entrega. O Executivo não procedeu a essa entrega, e a questão foi encerrada. O pronunciamento do Executivo é, no caso, porque circunscrito à condução da

política internacional, terminativo. Não é passível, presidente, de ser jurisdicionalizado, sob pena, até mesmo, de colocar-se em xeque a independência entre os Poderes, prevista na Carta da República.

Penso, presidente, e vejo um tanto quanto estarrecido a movimentação do governo italiano – sequer me refiro a Estado italiano, mas a governo, que é algo momentâneo, passageiro –, essa iniciativa. Iniciativa de, em cima de uma decisão do Tribunal, que não dirimiu um conflito a envolver o presidente da República – porque a decisão, na extradição, não se faz com essas balizas subjetivas, a ponto de ter-se, o presidente da República, como o "condenado" –, vir bater ao Supremo, para que, então, coloque em segundo plano o que surge como um ato de soberania, que, de início, pelo menos em tempo de paz, deve ser respeitado pelos demais Estados.

Acompanho, presidente, aqueles que não admitem, na espécie, a reclamação.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Começo por relembrar que este Supremo Tribunal Federal, na Ext 1.085, decidiu, "por maioria, deferir o pedido de extradição" do cidadão italiano Cesare Battisti. E assim decidiu, após: a) considerar comuns, e não políticos, os crimes pelos quais o extraditando foi condenado na República Italiana; b) anular o ato de concessão de refúgio, assinado pelo ministro da Justiça brasileiro. Também entendeu esta nossa Corte, como bem se lê no item VIII da parte dispositiva do acórdão, "que a decisão de deferimento da extradição **não vincula o presidente da República**, nos termos dos votos proferidos pelos senhores ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau" (sem o grifo no original).

2. Pois bem, em decisão publicada no *Diário Oficial da União*, de 31 de dezembro de 2010, o presidente da República negou a extradição de Cesare Battisti, o que fez com fundamento em tratado bilateral, valendo-se de parecer da Advocacia-Geral da União. Daí se seguiu o pedido de soltura imediata do extraditando. Pedido denegado, no período de férias forenses, pelo presidente Cezar Peluso. Denegação que veio a ser confirmada pelo ministro Gilmar Mendes, relator da Ext 1.085, e atacada por conduto de agravo regimental, ora posto em julgamento.

3. Ainda a título de retrospectiva do processo, registro que a República Italiana, nos autos da Ext 1.085, impugnou o pedido de soltura de Cesare Battisti. Fez mais: fundamentada em suposta violação do acórdão prolatado por este Supremo Tribunal Federal no mencionado processo, ajuizou reclamação constitucional (aqui também sob análise), em que pleiteou a cassação do ato presidencial denegatório da extradição, "com a expressa determinação ao Poder Executivo da entrega do extraditando à República Italiana".

4. Muito bem. Analiso a preliminar de não cabimento da reclamação, suscitada pelo douto procurador-geral da República. Fazendo-o, tenho que razão lhe assiste. É que, segundo bem assinalado pelo chefe do Ministério Público da

União, "o trâmite do processo de extradição é questão *interna corporis* da nação requerida, no caso, da República Federativa do Brasil". E o fato é que o Estado brasileiro: a) é **presentado, internacionalmente, apenas pelo presidente da República**; b) rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, não intervenção e igualdade entre os Estados (incisos I, IV e V do art. 4º da CF). Sendo assim, não cabe à República Italiana, pessoa jurídica de direito internacional, contestar, no âmbito interno do Estado brasileiro, a **decisão soberana** do nosso chefe de Estado. Se a Itália considera a decisão presidencial uma afronta ao tratado de extradição que celebrou com o Brasil, que lance mão dos instrumentos do direito internacional. Não do instituto da reclamação perante este Supremo Tribunal Federal do Brasil.

5. Nesse rumo de ideias, tenho que o equacionamento jurídico desta causa passa pelo conhecimento de premissas que deitam raízes na própria Constituição Federal. Refiro-me a duas figuras de direito que, de matriz constitucional, são de primeiríssima prioridade cognitiva: a extradição e os atos internacionais de que o Brasil faça parte, entre eles os tratados bilaterais. Em que consiste a extradição? À luz da Magna Carta, o que é um tratado bilateral?

6. Respondo: a extradição é o ato pelo qual um Estado soberano entrega um indivíduo a outro Estado igualmente soberano. Entrega que se dá para a coibição, nos planos interno e internacional, de práticas criminosas. Logo, é instituto (a extradição) que se traduz em relação jurídica entre partes soberanas, e, portanto, iguais. Já o tratado internacional, no caso, opera como ato de formalização do ajuste bilateral entre, justamente, Estados soberanos.

7. Fixados, brevemente, esses conceitos, é de se notar que tanto uma quanto a outra figura de direito constitucional hão de respeitar o art. 4º da Constituição Federal, que enumera os princípios regedores das "relações internacionais" da República Federativa do Brasil. E não é por acaso que encimam a lista os princípios da "independência nacional" e da "prevalência dos direitos humanos". Independência nacional como perfeito sinônimo de soberania nacional. Soberania que nada mais é do que a projeção do poder político em dois planos territoriais: o interno a um determinado país e o externo ou propriamente internacional. Internamente, a soberania consiste no poder mais alto. Já no plano externo, significa o poder que não conhece outro que lhe seja superior. Daí por que, na celebração e na execução de um tratado bilateral, a soberania de um Estado-parte não pode subjugar a do outro. O presidente da República jamais estará autorizado a abrir mão da soberania brasileira. O mesmo se diga quanto ao respeito aos direitos humanos: nenhum tratado bilateral será celebrado e executado sem que prevaleçam os direitos humanos, como determina o inciso II do art. 4º da Constituição Federal.

8. Ora, sendo a extradição uma relação jurídica internacional e o tratado seu instrumento formalizador, por que a Constituição brasileira, **de forma excepcional à regra contida no inciso VII de seu art. 84**, previu competir a este Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro? Resposta: para salvaguardar os direitos humanos

do extraditando.[1] Vale dizer, é preciso que o Supremo Tribunal Federal atue em matéria extradicional para impedir que duas soberanias estatais eventualmente conluiadas esmaguem o indivíduo. Respeitados, então, os direitos humanos do extraditando, a soberania brasileira é de ser exercida por nosso chefe de Estado, sem que o Supremo Tribunal Federal prossiga como instância jurisdicional.

9. Recolocando a ideia: o processo extradicional passivo começa com uma solicitação do Estado estrangeiro à República Federativa do Brasil, **por via diplomática**. Estado brasileiro que, **sempre personificado no presidente da República**, recebe a solicitação e a responde, afirmativa, ou negativamente. Acontece que as leis brasileiras, a Constituição à frente – e isso já é matéria *interna corporis*, assunto no qual não se admite interferência do Estado estrangeiro –, exigem a prévia análise da solicitação pelo Supremo Tribunal Federal. Isto para que a extradição, que é medida excepcional,[2] não se concretize, no caso de incidir alguma das vedações legais ou constitucionais. Pois bem, atestada, pelo STF, a viabilidade da extradição, o presidente da República atende, ou então recusa, o pedido do Estado estrangeiro. **Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, no processo de extradição, nada defere ou indefere. Nem o Estado estrangeiro nem o Poder Executivo brasileiro direcionam a esta nossa Corte nenhum pedido**. O pronunciamento do STF é, portanto, um rito de passagem, obrigatório (e, no caso de juízo negativo, também vinculante), é verdade, mas apenas um rito de passagem para a decisão soberana do presidente da República. Numa frase, tudo começa no Poder Executivo e nesse Poder é que termina.

10. Nessa toada, é preciso relembrar o que já observei quando do julgamento da Ext 1.085: pela decisão soberana do presidente da República, responderá o Estado brasileiro por eventual deslize internacional. Responsabilidade que se analisará, claro, mediante os instrumentos e nos foros disponíveis no direito internacional. Já no plano interno, o presidente da República responderá perante o Congresso Nacional, caso venha a descumprir a Constituição por um modo superlativamente prejudicial à honra ou imagem do País. Tanto numa quanto noutra hipótese não cabe a este Supremo Tribunal Federal monitorar ou condenar o presidente da República, nem receber reclamações por descumprimento às nossas decisões, pois o Supremo Tribunal não é tutor do presidente em tema de protagonização de relações jurídicas de pura soberania estatal.

11. Enfim, atento aos princípios constitucionais inscritos nos incisos I e II do art. 4º da Constituição Federal, tenho que esta nossa Casa de Justiça não pode

---

[1] Convergentemente, aliás, com as regras de que: a) "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º da CF); b) "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" (inciso XV do art. 5º da CF).

[2] Veja-se que a Constituição Federal não regula os casos em que cabe extradição. Trata apenas das hipóteses em que ela não é admissível. É que a regra é a da livre locomoção no território nacional, "podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" (inciso XV do art. 5º da CF). A saída compulsória de um indivíduo do território nacional é, portanto, exceção.

conferir ao tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália interpretação que desfavoreça a soberania brasileira e que desautorize o único órgão constitucionalmente encarregado de exercê-la no plano internacional: o presidente da República. Muito menos é permitido ao Supremo Tribunal Federal forçar interpretações desfavorecedoras do extraditando.

12. Mesmo que se ultrapassasse a preliminar, a solução deste caso não seria diferente. É que tenho como inabaláveis duas constatações: primeira, a de que o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de extradição; segunda, a de que o presidente da República não estava vinculado à nossa decisão (é o que se lê, em bom vernáculo, no item VIII da parte dispositiva do acórdão e no Ofício 457, encaminhado pelo STF ao ministro da Justiça). Em uma só frase: **embora esta nossa Corte haja concluído pela entrega do cidadão italiano a seu Estado de origem, para que lá cumprisse reprimenda penal, ao presidente da República restava alternativa, qual seja, a decisão pela não entrega. Ao julgarmos a Ext 1.085, entendemos que o presidente da República dispunha de um legítimo "espaço de decisão". Espaço discricionário, ou mais ou menos vinculado que seja, mas certamente não alcançado por nossa decisão**. Se este nosso Tribunal sufragou a não vinculação do presidente da República, é porque vislumbrou alguma decisão constitucionalmente adequada, embora fora dos limites do provimento judicial. Portanto – e é preciso que isso fique bastante claro –, não nos cabe, nesta reclamação (nem nos autos da própria Ext 1.085, já transitada em julgado), fechar as portas que deixamos abertas para o presidente da República.

13. Daqui se desata uma conclusão que também me parece irrefutável, e que já obstaculizaria a parte final do pedido que se contém na reclamação: é juridicamente impossível a este Supremo Tribunal Federal emitir "expressa determinação ao Poder Executivo" para entrega do extraditando à República Italiana. **Se do acórdão reclamado não derivou tal consequência, esta não pode advir do julgamento da reclamação! Sendo assim, caso esta nossa Corte viesse a entender que a decisão do presidente da República, publicada no DOU de 31-12-2010, foi desrespeitosa do acórdão da Ext 1.085, o que nos competia era apenas determinar ao presidente da República que emitisse outra decisão**. A solução contrária seria um reconhecimento de que este nosso Tribunal acabou, por via oblíqua, vinculando o presidente da República, o que certamente não fizemos no julgamento da Ext 1.085.

14. Ora bem, e o chefe de Estado brasileiro descumpriu a decisão que tomamos na Ext 1.085? Nesse processo, como já relembrei, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, anuiu à solicitação de extradição e, também por maioria, reconheceu "que a decisão de deferimento da extradição não vincula o presidente da República". Não vincula em que termos? O chefe do Poder Executivo dispõe de uma competência discricionária?

15. Tenho por desnecessário, aqui, citar as idas e vindas dos debates ocorridos nas sessões de julgamento. Atenho-me à ementa redigida pelo ministro Cezar Peluso, mais especificamente à sua parte final, na qual se lê: "Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o presidente da República

observar os termos do tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando". Noutras palavras, o presidente da República não estava obrigado a extraditar Cesare Battisti – nossa decisão pelo "deferimento" da extradição, insista-se, não vinculou o presidente da República (item VIII da parte dispositiva do acórdão da Ext 1.085) –, mas eventual não entrega haveria de estar fundamentada no tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália. Foi exatamente o que acabou ocorrendo: em 31 de dezembro de 2010, o então presidente da República Luís Inácio Lula da Silva negou a entrega de Cesare Battisti à República Italiana. E o fez com fundamento em parecer da Advocacia-Geral da União. Parecer assim finalizado:

> Opina-se, assim, pela não autorização da extradição de Cesare Battisti para a Itália, **com base no permissivo da letra *f* do número 1 do art. 3 do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália**, porquanto, do modo como aqui argumentado, há ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante. Todos os elementos fáticos que envolvem a situação indicam que tais preocupações são absolutamente plausíveis, justificando-se a negativa da extradição, **nos termos do tratado celebrado entre Brasil e Itália**. [Sem o destaque no original.]

16. Como de logo se vê, **inexistiu violação ao acórdão prolatado na Ext 1.085**. É que a decisão do presidente da República está embasada no tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, assim como determinou este Supremo Tribunal Federal. É verdade que a reclamante alega, nesta via processualmente contida, que as razões invocadas pelo advogado-geral da União substituto, e ratificadas pelo presidente da República, embora alegadamente cumpridoras do tratado, na verdade o desrespeitaram. **Sucede que violação desse tipo, se houver, é insuscetível de análise nesta reclamação**. Esta nossa Corte determinou que o presidente da República observasse o tratado e o chefe de Estado brasileiro assim procedeu! O instituto da reclamação constitucional não é via ordinária de irresignação das partes. É um instrumento processual, com sede na própria Constituição da República, para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões. Não nos cabe, nesta via processualmente contida, analisar o acerto da decisão reclamada. Se há ou não "ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal", é questão a ser enfrentada mediante o ajuizamento das ações, **em tese**, cabíveis. Na Rcl 2.848, o ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, assim verbalizou:

> Senhora presidente, não vou verificar se houve efetivamente preterição: se o ato é fundado em preterição, são outros os caminhos para o seu reexame, que não a reclamação. Insista-se bem que a reclamação não é recurso de mérito contra decisões tomadas nas outras instâncias.

17. Naquele caso, tratava-se de reclamação constitucional fundada em alegada violação ao acórdão da ADI 1.662. Acórdão pelo qual o Supremo Tribunal

Federal pacificou o entendimento de que "somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do sequestro" de rendas públicas. Ora, decidiu esta Casa de Justiça[3] que não desrespeita a ADI 1.662 decisão que tenha por fundamento a quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação constitucional, "verificar se houve efetivamente preterição". A situação destes autos é, comparativamente, a mesma: na Ext 1.085, decidimos que o presidente da República não estava obrigado ao deferimento da extradição, mas que eventual decisão pela não entrega de Cesare Battisti deveria "observar os termos do tratado celebrado com o Estado requerente". **É como dizer: se o ato é fundamentado no tratado, a reclamação constitucional não é o caminho para seu reexame**, até porque não analisamos, na Ext 1.085, todas as cláusulas desse ajuste bilateral de política externa.[4]

18. Digo mais: tenho por incabível a análise, pelo Poder Judiciário, do ato decisório aqui impugnado, seja em sede de reclamação constitucional, seja por outra via processual. É que a alínea *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana encerra um conceito jurídico vistosamente indeterminado. Tal dispositivo convencional alude a "razões ponderáveis para supor". **Ora, não compete a este Supremo Tribunal Federal sobrepor suas suposições às do presidente da República, autoridade a quem a Constituição brasileira (inciso VII do art. 84), o tratado e o acórdão paradigmático da Ext 1.085 conferem a competência para entregar, ou não, o extraditando**. Nesse ponto, confira-se elucidativa passagem do acórdão da Ext 1.085:

> O sr. ministro Eros Grau: (...)
>
> Ou repassando a frase: nos termos do tratado, o presidente da República está ou não está obrigado a deferir extradição autorizada pelo Supremo?
>
> Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo Tribunal, as descritas na alínea *f* do seu artigo 3.1. Tanto é assim que o artigo 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela parte requerida – e a "parte requerida", repito, é presentada pelo presidente da República – "mesmo parcial, deverá ser motivada".
>
> Pois esse artigo 3.1, alínea *f* do Tratado estabelece que a extradição não será concedida se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que sua situação (isto é, da pessoa reclamada) "possa ser agravada" – vale dizer, afetada – mercê de condição pessoal. A parte requerida (isto é, o presidente da República) poderá, nessa hipótese, não conceder a extradição.

---

[3] No mesmo sentido da Rcl 2.848 também se podem citar os seguintes arestos: Rcl 4.819, rel. min. Ayres Britto; Rcl 6.021-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa; Rcl 5.992-AgR, rel. min. Cármen Lúcia; Rcl 6.019-AgR, rel. min. Eros Grau; Rcl 2.083, rel. min. Marco Aurélio; Rcl 2.436-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.057, rel. min. Ayres Britto.

[4] Pensar diferentemente, ou seja, que o Supremo Tribunal Federal, na Ext 1.085, analisou todas as cláusulas do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália é reconhecer que esta nossa Corte, por via transversa, obrigou o presidente da República, embora haja dito exatamente o contrário.

O sr. ministro Cezar Peluso (relator): Ministro, eu não tenho nenhuma restrição ao pensamento de Vossa Excelência, nesse aspecto específico.

O sr. ministro Eros Grau: Como?

O sr. ministro Cezar Peluso (relator): Não tenho nenhuma restrição; concordo integralmente.

O sr. ministro Eros Grau: Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de "conceito indeterminado".

Nesses limites, nos termos do Tratado, o presidente da República deferirá, ou não, a extradição autorizada pelo Tribunal, sem que com isso esteja a desafiar sua decisão.

Esse ponto é muito importante estabelecer porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso – eu digo e insisto – represente, da parte do presidente da República, qualquer desafio à decisão do Tribunal.

19. Com efeito, havendo o presidente da República fundamentado sua decisão no tratado de extradição, e em cláusula de textura francamente aberta, não cabe ao Poder Judiciário alterá-la.[5] E não se diga que a decisão pela não entrega de Cesare Battisti à República Italiana conflita com a anulação, por este Supremo Tribunal Federal, do ato de refúgio emitido pelo ministro da Justiça. Segundo observei quando do julgamento da Ext 1.085 (fl. 558 do acórdão), as hipóteses normativas são diversas. Uma coisa é a existência de "fundados temores de perseguição por motivos de (...) opiniões políticas" (inciso I do art. 1º da Lei 9.474/1997), outra bastante diferente é a constatação de "razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada" será submetida a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal (alínea *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição).

20. Por fim, não há falar em reconhecimento, na decisão presidencial ora impugnada, do caráter político dos crimes praticados pelo extraditando. Os crimes foram considerados comuns pelo Supremo Tribunal Federal e o presidente da República acatou a decisão. Veja-se que as razões invocadas pelo chefe do Poder Executivo para negar a extradição não estão naquele passado da história italiana, minuciosamente estudado por esta nossa Casa de Justiça, a partir do cuidadoso e sempre ilustrado voto do ministro Cezar Peluso. Elas estão no futuro, como, aliás, está todo juízo de suposição. Confira-se:

109. Talvez corroborando a percepção do ministro Marco Aurélio há manifestações da imprensa italiana, que dão a impressão de que o caso ganha contornos de clamor, de polarização ideológica. Preocupa-se com o que se pode levantar contra o extraditando, anunciando-se futuro incerto e de muita dificuldade.

110. Não se trata de nenhuma dúvida para com as perfeitas condições democráticas que presentemente vigem na Itália. Cuida-se, tão somente [sic], do reconhecimento de circunstância que inegavelmente se evidencia, no que se refere à situação pessoal de Cesare Battisti. É o justamente a plena convicção que regime

[5] Não se trata, aqui, como bem demonstra o longo parecer da Advocacia-Geral da União, de ausência de motivação do ato.

[sic] democrático exuberante vigora na Itália que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal.

(...)

124. As referências acima parcialmente reproduzidas, a título de exemplo, dão conta de que há estado de ânimo que justifica preocupações para com o deferimento da extradição de Battisti, por força de suposição do agravamento de sua situação pessoal. Recorrentemente toca-se no objetivo de se fazer *justiça para as vítimas*. O direito processual penal contemporâneo repudia essa percepção criminológica, e o referencial conceitual é um autor italiano, Luigi Ferrajoli. O fundamento da pena é (ou deve ser) o reaproveitamento do criminoso para a vida social.

125. Os excertos de jornal acima reproduzidos dão conta de que há comoção política em favor do encarceramento de Battisti. Inegável que este ambiente, fielmente retratado pela imprensa peninsular, seja caldo de cultura justificativo de temores para com a situação do extraditando, que será agravada.

126. Nesse sentido, as informações acima reproduzidas justificam que se negue a extradição, por força mesmo de disposição convencional. O presidente da República aplicaria disposição da letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal. (...)

21. Ante o exposto, em caráter preliminar, **não conheço** da reclamação. Mas, ainda que alcançado o exame de mérito, a ação seria **improcedente**. Quanto ao pedido incidental na Ext 1.085, **dou provimento** ao agravo regimental e determino a expedição imediata do alvará de soltura do extraditando.

É como voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Peço vênia à douta maioria. Eu conheço, baseado exatamente na premissa, que Vossa Excelência estabeleceu, de que há interesse jurídico do governo italiano, ao qual Vossa Excelência reconhece a possibilidade de intervenção.

De modo que, como se trata de matéria cognoscível *ex officio*, ela pode, evidentemente, ser provocada por qualquer interessado jurídico. Conheço nesses termos.

EXTRATO DA ATA

Rcl 11.243/República Italiana — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Reclamante: República Italiana (Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões). Reclamado: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União). Interessado: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros).

Decisão: o Tribunal, por maioria, não conheceu da reclamação, contra os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator), Ellen Gracie e Cezar Peluso (presidente). Redigirá o acórdão o ministro Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os

ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Falaram, pela reclamante, o dr. Antônio Nabor Areias Bulhões; pela Advocacia-Geral da União, o ministro Luís Inácio Lucena Adams, advogado-geral da União; pelo interessado, o professor Luís Roberto Barroso; e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 8 de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.079 — SC

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Recorrente: José Ernesto Manzi — Recorridas: União e Maria de Lourdes Leiria

Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito intertemporal. Norma de aplicação de critério de desempate entre magistrados para aferição de antiguidade na carreira. Segurança jurídica.

1. A norma vigente ao tempo da posse dos interessados acerca do critério de antiguidade deve prevalecer para todos os fins; posto gerar insegurança jurídica subordinar a lista de antiguidade a critério introduzido pelas alterações supervenientes ao Regimento Interno sempre que se fizer necessário apurar-se a antiguidade dos magistrados.

2. A novel alteração do Regimento aplica-se aos empossados em período ulterior à reforma da norma secundária.

3. A republicação da lista a cada ano tem o escopo de apurar eventual alteração ocorrida, mas não o de alterar, pela aplicação de outros critérios, o desempate já definido, desde a classificação inicial, entre os que se encontram com o tempo idêntico na mesma classe. Precedente: MS 20.479, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, *DJ* de 30-10-1987.

4. Recurso ordinário 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 recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do relator.

Brasília, 27 de março de 2012 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2. O ora recorrente, juiz do trabalho José Ernesto Manzi, e a juíza do trabalho Maria de Lourdes Leiria tomaram posse no cargo e entraram em exercício na mesma data. Também contavam com o mesmo número de dias na classe de juiz do trabalho substituto, o mesmo número de dias na classe de juiz do trabalho titular de vara e o mesmo tempo total prestado à Magistratura.

3. Nas sucessivas publicações da lista de antiguidade dos juízes do trabalho titulares de varas no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, o ora recorrente figurou como mais antigo que a juíza Maria de Lourdes (1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002).

4. Em 2002, Maria de Lourdes Leiria ingressou com pedido de retificação da lista de antiguidade, alegando estar invertida a ordem de antiguidade entre ela e o ora recorrente, tendo em vista ter ela figurado em melhor posição no concurso público para ingresso no cargo de juiz substituto do trabalho. Na ocasião, invocou a juíza o critério de desempate disposto no art. 7º do Regimento Interno do TRT 12ª Região:

> Art. 7º A antiguidade dos Juízes, para colocação nas sessões do Tribunal, distribuição de serviço, substituições e quaisquer outros efeitos, conta-se do efetivo exercício, prevalecendo, em igualdade de condições:
>
> I – a data da posse;
>
> II – a data da nomeação;
>
> III – a colocação anterior na classe de onde se deu a promoção, **ou a ordem de classificação em concurso**;
>
> IV – a idade.

5. Na sessão administrativa de julgamento do pleito de retificação, em **25-11-2002**, a impugnação foi declarada intempestiva e o processo foi extinto.

6. A juíza Maria de Lourdes interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior do Trabalho, que, em **25-9-2003**, deu provimento ao recurso, para determinar a retificação da lista de antiguidade dos juízes titulares de Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, de modo a que a então recorrente passasse a preceder o juiz José Ernesto Manzi.

7. O ora recorrente opôs embargos de declaração, a que o TST deu parcial provimento para prestar esclarecimentos, sem conferir efeito modificativo ao acórdão embargado.

8. Opôs novos embargos de declaração, em que suscitou a questão da vigência de nova redação conferida ao art. 7º do Regimento Interno do TRT da 12ª Região, a partir de **1º-8-2003**, portanto, antes do deferimento do pleito de retificação da lista de antiguidade. Alegou que a norma constante na nova redação, cujo critério de desempate lhe beneficiaria, deveria ter sido aplicada de ofício pelo administrador, ao julgar o recurso administrativo.

9. Assim a nova redação conferida ao art. 7º do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

> Art. 7º A antiguidade dos Juízes titulares de Vara de Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho será determinada, sucessivamente:
>
> I – pela data do Exercício;
>
> II – pela data da nomeação;
>
> (...)
>
> IV – **pela ordem cronológica de abertura da vaga ocupada**.

Parágrafo único: Os critérios estabelecidos nesse artigo referem-se à nova classe.

10. O Tribunal Superior do Trabalho, em sessão administrativa, negou provimento aos segundos embargos de declaração. A tese sobre a aplicação da norma regimental ao tempo do julgamento do recurso administrativo não foi examinada sob o fundamento de inovação recursal e ocorrência de preclusão temporal.

11. O ora recorrente impetrou, então, mandado de segurança perante aquela Corte, sustentando a inaplicabilidade do instituto da preclusão temporal quanto à invocação de texto legal vigente ao tempo do julgamento do processo administrativo, *uma vez que ao administrador cumpre a aplicação das normas vigentes independentemente de manifestação das partes.*

12. O Tribunal Superior do Trabalho denegou a segurança em acórdão cuja ementa transcrevo:

Preliminar de extinção do feito por falta de cabimento do mandado de segurança suscitada em contestação.

1. Não é possível a aplicação analógica da Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal ("Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado") para se decretar a extinção do presente feito, por não haver lacuna a ser preenchida na presente hipótese.

2. Esgotada a via administrativa, a parte poderá, sempre, exercer seu direito constitucional de ação. Invocar a Súmula 268 do STF é emprestar-lhe interpretação extensiva, não compatível à espécie, porquanto uma decisão administrativa não pode afastar a Jurisdição, princípio constitucionalmente garantido.

3. Preliminar rejeitada.

Lista de antiguidade. Alteração do critério de desempate. Direito intertemporal.

1. O debate a respeito de quais os critérios devem ser observados para elaboração da lista de antiguidade dos magistrados – se aquelas contemporâneas ao exercício do impetrante e da interessada ou as novas regras editadas com o Regimento Interno de 2003, depois de apurada a antiguidade – é questão de direito intertemporal, de natureza controvertida, a afastar, por si só, a alegação de direito líquido e certo e de abuso de direito pela decisão da Seção Administrativa, que prestigiou a norma regimental da época das promoções na apuração da lista, afirmando a inaplicabilidade da nova regra porque a antiguidade questionada foi apurada com base em fatos (promoções) contemporâneos às normas anteriores.

2. Não obstante, é prudente examinar, afinal, quais regras devem ser aplicadas a fim de se evitar, ano após ano e a cada lista elaborada pelo Tribunal de origem, que as partes reeditem a presente demanda.

3. Pelo princípio da segurança jurídica, a alteração de regras para classificação, seja de servidores públicos comuns, seja de magistrados, na elaboração das listas de antiguidade, deve respeitar o fato jurídico já consumado, isto é, a antiguidade já estabelecida pelas regras vigentes à época do exercício desses juízes. Se alteração houve nos critérios para desempate, referida alteração somente deverá incidir para classificação de juízes empossados posteriormente às novas regras. Preserva-se a classificação anteriormente estabelecida, sob pena de se chegar ao

> absurdo de determinado juiz, acaso promovido pelos critérios pretéritos, ver-se premido a retornar à vaga anteriormente ocupada, em virtude de os novos critérios beneficiarem outro juiz, considerado mais antigo pelas novas regras.
>
> 4. Segurança denegada.

13. Daí o presente recurso ordinário, em que se sustenta que o acórdão recorrido, superando a alegação de ilegalidade do ato coator – negativa de exame da pretensão deduzida em processo administrativo – examinou o próprio mérito do ato administrativo questionado. Ao assim proceder, contudo, teria recusado a aplicação da regra vigente quanto a critério de desempate para aferição de antiguidade disposta no art. 7º do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que reproduz critério constante no art. 80 da Loman.

14. O recorrente argumenta que, "para o TST, devia ser observada uma regra já revogada do Regimento Interno do TRT da 12ª Região – que colidia com o art. 80 da Loman – apenas porque ela teria vigido por um longo período, disciplinando a lista de antiguidade do TRT da 12ª Região, motivo pelo qual devia ser preservada a lista, tal como estava, em favor da segurança jurídica" (fl. 506).

15. Alega que o acórdão recorrido teria incidido em manifesta contradição, pois, ao se invocar o princípio da segurança jurídica, deveria prevalecer a ordem de antiguidade que vinha sendo considerada nas sucessivas listas de antiguidade, desde 1993 até a impugnação formulada em 2002 pela juíza Maria de Lourdes Leiria.

16. Requer o provimento do recurso para que lhe seja concedida a segurança, a fim de que se determine que subsista a lista de antiguidade dos juízes da primeira instância da Justiça do Trabalho da 12ª Região tal como fora formulada pelo TRT da 12ª Região, antes de ser modificada pela decisão da sessão administrativa do TST.

17. A União apresentou contrarrazões, em defesa do ato apontado como coator. Sustenta que as razões recursais são insuficientes para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido.

18. Maria de Lourdes Leiria, na condição de interessada, também apresentou contrarrazões. Afirma a correção do acórdão impetrado, pois "[a] aplicação da preclusão (...) não tinha o mesmo campo de incidência entre as situações apontadas (impugnação da lista – verdadeiro ato material) e a alegação de fatos 'novos' (verdadeira situação processual)". Ademais, "as novas regras previstas no art. 7º do RI do TRT/SC, que revogaram as disposições anteriores, forte no princípio basilar do direito adquirido" (fl. 546).

19. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso ao seguinte argumento:

> (...) o argumento do recorrente, de que o critério introduzido pelas alterações ao Regimento Interno daquele TRT já vigia ao tempo em que prolatado o ato coator (decisão de sessão administrativa do TST pela correção da lista de antiguidade), não tem consistência. É que, se a lista com a posição inicial dos juízes

recém-promovidos foi elaborada e publicada na vigência da regra anterior, daí resulta que a ordem de antiguidade nela definida há de perdurar até que ocorra algum fato que repercuta na contagem do tempo de serviço. Ou seja, se houve o desempate segundo o critério vigente, deixou de haver empate, não fazendo sentido cogitar de novo desempate por ocasião da elaboração da lista subsequente, ressalvada, obviamente, a ocorrência de fato novo. É isso o que decorre do princípio *tempus regit actum*. [Fl. 559.]

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é a de se saber qual norma seria aplicável para se aferir a ordem de antiguidade dos juízes do Trabalho da 12ª Região.

2. O acórdão recorrido entendeu que se deva aplicar a norma vigente ao tempo da posse, quando, para a elaboração da primeira lista, deu-se o primeiro desempate. Considerou o Tribunal Superior do Trabalho que esse primeiro desempate constitui "fato jurídico já consumado", pelo que se deve preservar a classificação dos juízes tal como estabelecido na primeira lista de antiguidade.

3. Por isso, as novas regras de desempate só poderiam ser aplicadas aos juízes empossados após a data de publicação da alteração no art. 7º do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

4. O recorrente sustenta que, ao contrário do que decidiu o Tribunal *a quo*, a norma aplicável seria aquela vigente ao tempo da sessão administrativa que julgou o pedido de retificação da lista de antiguidade. Primeiro, porque a alteração regimental das normas de apuração da antiguidade dos magistrados daquele Tribunal deu-se com o objetivo de adequar os critérios de desempate às normas da Loman. Segundo, porque, ao invocar o princípio da segurança jurídica para aplicar norma revogada, o Tribunal *a quo* incorreu em contradição, pois deveria ter privilegiado então a lista de antiguidade que foi reiteradamente publicada em 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002.

5. O recurso não merece prosperar. O critério de desempate que privilegia a norma vigente ao tempo da posse dos interessados deve prevalecer, porquanto gera insegurança jurídica a subordinação de lista de antiguidade a critério introduzido pelas alterações ao Regimento Interno daquele TRT quando e tantas vezes se fizer necessário apurar-se a antiguidade dos magistrados.

6. O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região aplicou as regras vigentes de seu Regimento Interno à época da posse para a elaboração da primeira lista de antiguidade, conforme o princípio *tempus regit actum*, resguardando as situações individuais constituídas anteriormente à nova redação regimental.

7. A republicação da lista a cada ano tem o escopo de apurar eventual alteração ocorrida em razão de interrupções não ressalvadas, mas não o de alterar,

pela aplicação de outros critérios, o desempate já definido, desde a classificação inicial, entre os que se encontram com o tempo idêntico na mesma classe.

8. É nesses termos o parecer prolatado pelo subprocurador-geral da República:

> É que, se a lista com a posição inicial dos juízes recém-promovidos foi elaborada e publicada na vigência da regra anterior, daí resulta que a ordem de antiguidade nela definida há de perdurar até que ocorra algum fato que repercuta na contagem do tempo de serviço. Ou seja, se houve o desempate segundo o critério vigente, deixou de haver empate, não fazendo sentido cogitar de novo desempate por ocasião da elaboração da lista subsequente, ressalvada, obviamente, a ocorrência de fato novo, é isso o que ocorre do princípio *tempus regit actum*.

9. No julgamento do MS 20.479, em caso análogo ao dos autos, foi proferido entendimento nesse sentido:

> Por aí se vê que, se vários procuradores da República são empossados em cargos de 2ª classe no mesmo dia, estando todos empatados, no tempo de serviço, por ocasião da organização da lista anual de antiguidade, o desempate entre eles se faz, conforme a classificação obtida em concurso.
>
> E, obviamente, devem assim permanecer na lista seguinte, sempre para efeito de promoção, se nenhuma alteração tiver ocorrido na classe, a menos que tenham incidido em interrupções não motivadas por licença e disponibilidade remuneradas, comissão, exercício de mandato legislativo, férias ou suspensão em virtude de processo criminal, quando não ocorrer condenação. Tudo conforme está previsto no art. 7º da Lei Orgânica do Ministério Púbico da União.
>
> Aliás, o art. 48 do Estatuto dos Funcionários, subsidiariamente aplicável ao Ministério Público, diz que "será apurado em dias o tempo de exercício na classe para efeito de antiguidade".
>
> *E se todos têm o mesmo tempo de serviço, o desempate inicial conforme a classificação em concurso deve continuar produzindo seus efeitos na lista seguinte, até que a promoção se efetive*. [MS 20.479, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, *DJ* de 30-10-1987.]

Nego provimento a este recurso ordinário.

EXTRATO DA ATA

RMS 26.079/SC — Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: José Ernesto Manzi (Advogados: Ana Frazão e outros). Recorridas: União (Advogado: Advogado-geral da União) e Maria de Lourdes Leiria (Advogados: Hermes Rosa e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, 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. Compareceu à Turma o ministro Cezar Peluso, presidente do Supremo Tribunal Federal, a fim de julgar

processo a ele vinculado, assumindo, nessa ocasião, a presidência da Turma, de acordo com o parágrafo único do art. 148 do RISTF. Subprocurador-geral da República, dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 27 de março de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

HABEAS CORPUS 82.980 — DF

Relator: O sr. ministro Carlos Britto

Pacientes: Willame Santos Pereira ou Wilame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos — Impetrante: Cleber Lopes de Oliveira — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processo penal. Homicídio. Júri. Concurso de pessoas. Réus denunciados por autoria e participação. Julgamento desmembrado. Absolvição do partícipe. Julgamento do segundo réu, que, em plenário, inverte a acusação inicialmente posta na denúncia, assumindo a participação no evento criminoso e imputando ao partícipe absolvido a autoria material do delito. Absolvição. Segunda denúncia em conformidade com a nova versão dos fatos. Alegação de afronta à coisa julgada. Inteligência do art. 110, § 2º, do CPP. Vinculação obrigatória entre pronúncia-libelo-quesitação. Inaplicabilidade do art. 384, *caput* e parágrafo único, na segunda fase do rito do Júri (*judicium causae*).**

1. A ofensa à coisa julgada exige a identidade de causa, caracterizada pela identidade do fato, sendo que esta não se verifica no caso de alteração de um dos elementos que o constitui (tempo, lugar, conduta imputada ao agente).

2. A absolvição, pelo Conselho de Sentença, da imputação de participação no crime de homicídio – pela entrega da arma e auxílio à fuga – não veda a possibilidade de nova acusação pela autoria material. Da mesma forma, a absolvição, pelo Júri, da imputação de autoria material do crime de homicídio não faz coisa julgada impeditiva de o acusado responder a nova ação penal (agora como partícipe) pelo mesmo crime cuja autoria material é imputada a outrem. Novas imputações que não passaram pelo crivo do Conselho de Sentença não configuram identidade de fato apta a caracterizar a coisa julgada (art. 110, § 2º, do CPP). Precedentes.

3. O procedimento do Júri, marcado por duas fases distintas e procedimentos específicos, exige a correlação obrigatória entre pronúncia-libelo-quesitação. Correlação, essa, que decorre não só da garantia da ampla defesa e do contraditório do réu – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário –, mas também da necessidade de observância à paridade de armas entre acusação e defesa. Daí a impossibilidade de alteração, na segunda fase do Júri (*judicium causae*), das teses balizadas pelas partes na primeira fase (*judicium accusationis*), não dispondo o Conselho de Sentença dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado.

4. *Habeas corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o pedido de *habeas corpus*, o que fazem por maioria de votos, em sessão presidida pelo ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencido o ministro Eros Grau. Impedido o ministro Marco Aurélio.

Brasília, 17 de março de 2009 — Carlos Ayres Britto, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Willame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu medida análoga, na qual se objetivava o trancamento da ação penal em que os acusados foram denunciados pela autoria e participação, respectivamente, em homicídio qualificado.

2. Extrai-se da impetração que, em setembro de 1998, o Ministério Público ofereceu denúncia contra os pacientes, consignando que Willame, vulgo "William Talhado", "utilizando-se de arma de fogo e com intenso *animus necandi*, disparou tiros contra a pessoa de Wellington de Andrade, (...) lesionando-o no peito e no abdome, (...) ocasionando sua morte". Já Wilker, vulgo "Jaspion", segundo a inicial acusatória, "concorreu para o crime fornecendo a arma ao primeiro, seu amigo íntimo, para que matasse a vítima" (fls.).

3. Denúncia recebida, sobreveio a sentença de pronúncia de "Talhado", por autoria (art. 121, § 2º, I, do CP), e de "Jaspion", por participação (art. 121, § 2º, I, c/c art. 29, ambos do CP).

4. Houve recurso em sentido estrito por parte de "Talhado", desprovido pelo Tribunal de Justiça. Em suas razões, o réu se limitou a afirmar a inconclusão dos laudos de exame cadavérico e de exame do local do crime, consignando que a pronúncia estaria baseada em mera presunção de autoria e materialidade. Não apresentou, contudo, versão nova dos fatos narrados na denúncia, nem imputou ao outro acusado a autoria do delito.

5. Prosseguindo neste relato, anoto que a interposição do referido recurso provocou o desmembramento do feito. Assim, "Jaspion" foi julgado primeiro, havendo o Conselho de Sentença acatado a tese da defesa de negativa de participação, o que resultou na absolvição do acusado. Inexistindo recurso das partes, a decisão transitou em julgado em 6-6-2000.

6. Um ano depois é que foi julgado o primeiro denunciado ("Talhado"), oportunidade em que ele, perante o Júri Popular, se retratou da versão até então sustentada (desde a fase policial, ressalte-se) e passou a negar a autoria do crime. Mais: passou a imputar essa autoria ao outro acusado, àquela altura já absolvido. E foi por maioria de votos (5x2) que o Conselho de Sentença revogou a pronúncia, concluindo não ser o réu o autor do fato criminoso. Como não houve recurso

do Ministério Público, a sentença absolutória veio a transitar em julgado, precisamente em 12 de junho de 2001.

7. Pois bem, em 2 de julho daquele ano, o promotor ofereceu nova denúncia contra os pacientes, pelo mesmo fato, mas agora invertendo as acusações de autoria e participação, aduzindo na exordial que o denunciado Willame ("Talhado"), "ao assumir a autoria do delito de homicídio afirmando haver sido o autor dos disparos, acusou-se falsamente" (fl. 61).

8. Ante esse novo quadro, sustentando ofensa à coisa julgada, ocorrência de *bis in idem* e a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*, os denunciados impetraram *habeas corpus*, sucessivamente, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no Superior Tribunal de Justiça, os quais, uma vez denegados, ensejaram a presente impetração.

9. Nesta oportunidade, insiste-se na alegada inobservância da *res judicata*, na medida em que os pacientes estão sendo processados por um fato pelo qual já foram absolvidos em sentença vencida, hoje irrecorrível, portanto, representando verdadeiro *bis in idem* a pretensão ministerial pública. Daí aduzir-se que o entendimento do Tribunal coator "não há de prosperar, uma vez que os pacientes confessaram a autoria, apenas *Wilker* teria dito que a arma já pertencia a *Willame*, sendo que este a todo tempo assume a autoria dos disparos, apenas em plenário é que aproveita-se da absolvição do primeiro, já com trânsito em julgado, e resolve dizer que aquele é que teria disparado contra a vítima".

10. Invocando-se a observância do art. 5º, XXXVI, da CF e do Decreto 678/1992, que ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pede-se, liminarmente, o sobrestamento da ação penal até o julgamento final do *writ* e, no mérito, a concessão da ordem para trancar aquela ação.

11. Apreciando o pedido, o relator originário, ministro Ilmar Galvão, concedeu a medida liminar nos seguintes termos (fls.):

> Conquanto razoável a alegação do acórdão recorrido de que a mudança no concurso dos agentes – com a inversão, na segunda denúncia, da condição de autor e partícipe dos ora pacientes – não implica necessariamente a identidade de causa, verifica-se, no caso concreto, a existência de uma particularidade que merece melhor exame. Com efeito, quando da absolvição do segundo paciente, o Conselho de Sentença (apenso, fls. 51/53) respondeu que terceira pessoa teria efetuado o disparo (1º quesito), bem como que não teria o réu concorrido para a prática do crime (3º quesito). Havendo a referida decisão transitado em julgado, nova denúncia imputando-lhe a prática dos disparos parece, à primeira vista, ofender a coisa julgada.
>
> Nesse contexto, recomendável a concessão da medida liminar, que defiro tão somente para sobrestar o feito (Processo 2001.01.1.077109-8, do Tribunal do Júri de Brasília) até o julgamento definitivo do presente *writ*, oportunidade em que o mérito da impetração será mais bem apreciado.

12. Com vista do processo, a douta Procuradoria-Geral da República, por seu titular, prof. Cláudio Lemos Fonteles, opinou pelo deferimento da ordem e anotou (fls.):

6. O tema pede à reflexão o quanto se lê no **§ 2º**, do **artigo 110**, do CPP, *verbis*:

> § 2º A exceção **somente** poderá ser oposta em relação ao **fato principal**, que tiver sido objeto da sentença. (Grifamos.)

7. De primeiro, o texto normativo traz **dimensão centrada ao reconhecimento** da exceção de coisa julgada no **fato principal**.

8. Mas o que é o **fato principal?**

9. Sobre o tema discorre Vicente Greco Filho no seu Manual de Processo Penal, *verbis*:

> José Frederico Marques explica que surge o *bis in idem* "quando se instaura nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de ação penal anteriormente decidida em sentença tornada imutável pela coisa julgada", e que, "sob o ângulo objetivo, é a imputação ou c*ausa petendi* o que individualiza a ação penal e a acusação, o litígio penal e *a res in iudicium deducta*".
>
> Essa lição é irrepreensível, mas não resolve totalmente a questão, porque resta a alternativa: o "mesmo fato" a que se refere o mestre, é o fato como imputado, como descrito na denúncia ou queixa, ou é o fato enquanto realidade histórica, ainda que não trazido por inteiro? Em outras palavras, a imputação e, consequentemente, o objeto do processo e da sentença, é o que está descrito na denúncia ou queixa ou é o que aconteceu no mundo da realidade?
>
> Nossa posição é a de que a acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, ainda que não o descreva integralmente, cabendo aos órgãos da persecução penal apresentá-lo por completo, aplicando-se se for o caso, o art. 384 do Código, conforme comentado, porque a sentença esgotará, definitivamente, a possibilidade de trazê-lo a novo processo penal contra o mesmo réu."

10. O il. professor tem, por fundamentação de sua posição, a expressão

> (...) acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, **ainda que não o descreva integralmente, cabendo aos órgãos da persecução, penal apresentá-lo por completo**, aplicando-se se for o caso, o art. 384 do Código, conforme comentado, porque a sentença esgotará, definitivamente, a possibilidade de trazê-lo a novo processo penal contra o mesmo réu. (**p. 302.**)

11. E arremata o il. processualista, *verbis*:

> Repita-se, pois, que a fase do art. 384, que tem por fundamento a garantia do direito de defesa, é a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação formal à realidade. Não teria ele sentido, aliás, se a alteração de algum elemento fático, com modificação da causa de pedir e da qualificação jurídico-penal, pudesse ensejar outra ação penal, como ocorre no processo civil.
>
> Essa interpretação ampliativa da coisa julgada penal é uma exigência de garantia da pessoa contra perseguições e contra a vingança pública ou privada.
>
> Perfilhamos o mesmo entendimento quanto aos modos da prática da infração, se autoria, coautoria ou participação. O Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário, afastando a coisa julgada, em caso de acusação por autoria material a que se sucedeu outra acusação pela autoria intelectual, mas, no caso, entendemos com razão o voto vencido. (fl. 304)

12. Partilhamos, por completo, dessas lúcidas colocações.

13. Todavia, no caso, temos argumento, **por outra ótica**, que nos é **definitivo**.

14. Veja-se que ao decidir sobre a primeira acusação, o Tribunal do Júri assentou, **por unanimidade**, que **terceira pessoa, que não Wilker**, disparou contra a vítima (**resposta ao 1º quesito –** Apenso, sem numeração, mas com a marcação

quesitos), e que **Wilker não participou na conduta desta terceira pessoa (resposta ao 3º quesito)**.

15. Então, se o Júri, **soberanamente, afastou a autoria e a participação de Wilker no evento,** pelas respostas dadas **ao 1º e 3º** quesitos, **nova pretensão punitiva** que se queira contra ele inaugurar, **viola, frontalmente**, a conclusão do Júri como **anteriormente** disposta.

16. Pelo **deferimento** do pedido.

13. Em decorrência da aposentadoria do relator originário, o feito foi redistribuído ao ministro Marco Aurélio, que, a seu turno, se deu por impedido, por motivo de vínculo matrimonial com a então presidente do Tribunal do Júri, que recebeu a segunda denúncia e afastou a preliminar de coisa julgada.

14. Com a nova redistribuição, competiu-me a relatoria do *habeas corpus*, a partir de cujas peculiaridades vi-me compelido a requisitar os autos originais.

É o relatório.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Carlos Ayres Britto (relator): Senhor presidente, no primeiro momento pensei em seguir integralmente a decisão do meu ilustre antecessor, dada em caráter liminar, ministro Ilmar Galvão. Decisão que foi secundada e até robustecida no parecer do Ministério Público, presentado pelo seu próprio procurador-geral, dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Pareceu-me que seria um caso simples, quase acadêmico, de coisa julgada. Entretanto, atentando para as peculiaridades do Júri, cujo rito é substancialmente diferente do processo comum, e, também para a ontologia da coisa julgada, cheguei a uma conclusão diferente.

O voto é longo, mais de quarenta páginas. Farei uma tentativa de resumo, partindo exatamente do parecer que li, em sua parte principal, subscrito pelo dr. Cláudio Lemos Fonteles, em que diz: (lê voto escrito)

Ora, dúvida eu não teria em subscrever o pronunciamento, se não fosse a particularidade de que não se está diante de um rito comum, mas de processo da competência do Júri, que, na lição do parecer aprovado pelo mestre **Assis Toledo**, "não dispõe dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado". Essa orientação também encontra eco na melhor doutrina. **Júlio Fabbrini Mirabette**, por exemplo, registra a inaplicabilidade do art. 384, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao rito do Júri:

> Entendendo o juiz que há crime diverso do imputado, mas ainda da competência do júri, como no caso de reconhecer homicídio, em vez de auxílio ao suicídio, ou ao contrário; de homicídio e não de infanticídio, ou vice-versa etc., pode efetuar a desclassificação, ainda que sujeito o acusado a pena mais grave. **Não se aplica, assim, o art. 384, e muito menos seu parágrafo único. Embora alguns entendam que o § 4º do art. 408 ressalva a aplicação do art. 410 e seu parágrafo único, pelos quais o juiz "em qualquer caso" deve mandar abrir vista**

> **para o réu apresentar sua defesa e arrolar testemunhas, a interpretação deve ser outra. A referida expressão determina apenas que o prazo seja aberto ao acusado quer o juiz competente para julgar o crime para o qual foi desclassificada a infração seja o mesmo da sentença, quer seja outro, como se observa no confronto entre a primeira e a segunda parte do art. 410, *caput*.** [In *Código de Processo Penal interpretado*. Atlas, edição, p. 1099/1100.]

Daqui se deduz que a solução jurídica assenta suas raízes no próprio rito do Júri, disciplinado no Código de Processo Penal desde a instrução até o julgamento (arts. 394 a 497). Porque, como se sabe, o instituto se marca por duas fases processuais distintas, a saber: *judicium accusationis* e o *judicium causae*. A primeira tem início com o oferecimento da denúncia e se encerra com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia. Já a segunda fase vai da apresentação do libelo à decisão proferida pelo juiz presidente do Conselho de Sentença.

Pois bem, durante a primeira fase, há atos postulatórios (como a denúncia e a defesa prévia), atos instrutórios (interrogatório, inquirição de testemunhas, diligências) e atos decisórios (recebimento da denúncia, pronúncia e outros). Nela, encerra-se um juízo de admissibilidade da acusação a ser encaminhada à apreciação dos jurados. E esse quadro acusatório é esculpido justamente pela prova produzida nesta fase e definitivamente emoldurado na decisão de pronúncia, que condiciona o libelo. Em outras palavras, o libelo é o espelho da pronúncia.

Ajunte-se que, até a pronúncia, o rito do Júri não difere do procedimento ordinário e é justamente por essa razão que se admite nessa primeira fase – perante o juiz togado – a alteração na imputação veiculada pela acusação, respeitando-se a ampla defesa e o contraditório. Como se pôde observar da lição anteriormente transcrita, essa alteração não consiste em *mutatio libelli* propriamente dita, mas num simples ajuste da imputação a ser apreciada pelo Conselho de Sentença, como se depreende da conjugação dos arts. 408, § 4º, e 410, ambos do CPP. O Código de Processo Penal prevê somente mais uma possibilidade de alteração da pronúncia. Ela se encontra no art. 416, mas diz respeito à verificação de circunstância **superveniente** capaz de alterar a classificação do delito, o que não ocorre no caso em exame.

Diga-se, agora, que, terminada a inquirição das testemunhas, diferente é o procedimento no Júri. Enquanto no rito comum a acusação é imediatamente julgada pelo magistrado, no rito do Júri passa-se à segunda fase, em que a acusação é submetida aos jurados. Dito de outro modo, o prenúncio da primeira fase é levado ao Conselho de Sentença, que dirá sobre a procedência do **acusamento posto na pronúncia**.

Vê-se, então, que a pretensão punitiva jaz circunscrita aos limites do contraditório que se travou, previamente, entre acusação e defesa; não mais sendo passível de alteração, a não ser pelos jurados. Justamente ante esta singularidade procedimental é que se assentou na jurisprudência que a *quesitação* deve ficar adstrita ao libelo, que, a seu turno, está vinculado à pronúncia. Isso ocorre não só para garantir a ampla defesa e o contraditório do réu – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário –, mas também para ser respeitada

a paridade de armas entre acusação e defesa. Essa preocupação com a paridade é de tamanha importância que mereceu atenção especial do legislador. Cite-se, como exemplo, o art. 475 do CPP, que limita a produção de prova em juízo.

Nesse amplo contexto, para ser fiel à necessidade de conformidade entre pronúncia-libelo-quesitação, é preciso entender que algumas questões estão superadas, como os limites da imputação típica levada aos jurados, inclusive no tocante às qualificadoras. Pela mesma razão que é vedado à defesa apresentar documentos novos em plenário, também o é invocar perante os jurados versão inédita, que não tenha observado o tríduo legal necessário à ciência prévia da acusação. Não se pode perder de vista a finalidade dessa segunda fase do Júri, cujo escopo é a tentativa, por parte da defesa e da acusação, de provar aos jurados as teses sustentadas na primeira fase (a formação da culpa).

É de se perguntar: mas de que modo proceder se, como no caso, a moldura da acusação é quebrada pela defesa, que, de surpresa, em plenário, faz uso de tese inédita, a qual altera substancialmente a acusação já nessa segunda fase? Lembro que, a esta altura, não mais é possível emendar a acusação, já circunscrita aos lindes do libelo. Por outro lado, a tentativa de impedir que a nova versão para os fatos seja invocada em plenário poderia ser interpretada como limitação ao postulado da ampla defesa.

Nesse lanço, calha buscar-se apoio intelectual em **Hermínio Alberto Marques Porto**, que ajuízo da impossibilidade dessa inovação defensiva gerar quesitos. Confira-se:

> No encerramento do procedimento destinado à apuração judicial do crime com julgamento entregue à competência do Tribunal do Júri, as partes, em alegações finais orais, ao Conselho de Sentença encaminham seus argumentos, podendo a acusação replicar e a defesa então apresentar a tréplica (art. 473) (...). **Mas, se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura restritamente nos limites da réplica; tal inovação defensiva – que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgamento fixados – violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da acusação, advertir a defesa sobre a violação de princípios de processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação.** [In *Júri – Procedimento e aspectos do julgamento – Questionários*. 3. ed., p. 125/127, RT, 1982.]

Mesmo para aqueles que discordam desse pensamento, e entendem pela possibilidade de quesitação quanto à nova tese defensiva, não seria possível, no caso, falar-se em cerceamento à defesa. É que a outra solução passaria pela

invocação ao inciso III do art. 484 do CPP. Entretanto, na espécie, a aplicação do referido dispositivo seria questionável, seja porque o quesito a ser formulado estaria inevitavelmente relacionado ao fato principal, seja porque não houve pedido ou qualquer manifestação equivalente por parte da defesa para a formulação do quesito, conforme se verifica da ata de julgamento.

Em boa verdade, não se pode perder de vista que os jurados apreciam as questões veiculadas na pronúncia; e, como visto, para que esta se perfaça, bastam a certeza do crime e a **probabilidade da autoria**.

Destarte, o que os jurados analisarão é essa probabilidade de autoria. Noutros termos, verificarão se, de acordo com que foi preliminarmente apurado, confirmar-se-á que "X", com o auxílio de "Y", praticara o crime cuja existência não se contesta. Tal pronunciamento, pelas peculiaridades do Júri, não se confunde, portanto, com uma manifestação dos jurados quanto à tese diversa. Dito de outro modo, não se pode afirmar que o Conselho de Sentença, ao apreciar a primeira questão, automaticamente refutou hipótese diversa no sentido de que "Y" praticara o crime com o auxílio de "X". É que os indícios trazidos na instrução feita na formação da culpa deverão ser confirmados na instrução definitiva a ser feita em plenário. Donde não se pode dizer que o quadro fático trazido pela pronúncia é definitivo.

No caso, tal conclusão fica ainda mais evidente, à medida que a defesa, como dito, deixou de requerer quesito específico sobre a tese levantada em plenário, como também abriu mão de outros meios de prova, ao dispensar as testemunhas. Ao proceder dessa maneira, patente que ela, defesa, deixou a questão limitada ao que foi apurado na fase do *judicium accusationis*, sendo esta a única questão de fato analisada.

Ante este panorama fático-jurídico, penso que a solução está em entender que a defesa em plenário deve se ater às teses já sustentadas até o momento da formação da culpa. Quando muito, poder-se-ia admitir que fosse feita quesitação específica sobre a aludida tese. Se assim não se proceder, deve-se interpretar que a defesa assume o risco de ter invocado a inédita teoria, que, se disser respeito a uma nova conduta por parte do réu – diversa da constante da pronúncia, mas ainda do âmbito de competência do Júri –, não impede que uma nova acusação, **e agora definitiva**, seja oferecida. Desse modo, de uma só vez, garante-se o exercício da plena defesa do acusado, como também se impede que haja surpresa para a acusação, com afronta ao contraditório.

Com isso, também se evita que, nos casos de concurso de pessoas em que há autor e partícipe, a defesa – por estratégias pouco comprometidas com a verdade real e com a justiça material – provoque o desmembramento do julgamento e, em plenário, inverta as acusações, imputando ao corréu a conduta de que o patrocinado está sendo acusado e confessando a conduta anteriormente imputada àquele. Não resta dúvida de que, quando isso acontece, o Conselho de Sentença, ao absolver o acusado, está inocentando-o da conduta que inicialmente lhe foi atribuída e **não daquela que, em plenário, confessou**.

Entendimento diverso, de outra feita, implicaria a chancela das "situações que favorecem a impunidade, mediante artifícios que afastem um provimento jurisdicional sobre a conduta típica", como advertiu esta colenda Corte no HC 64.158. Isso porque se estaria impedindo que a conduta **confessada em plenário** fosse devidamente apreciada pelo tribunal constitucionalmente competente.

Por essa mesma razão, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, porquanto, como pontuado, essa nova acusação não sofreu o crivo do Conselho de Sentença, que só se manifestou sobre a conduta inicialmente confessada, pela qual o acusado foi pronunciado e libelado. Esta, sim, encontra-se sepultada, totalmente coberta que está pelo manto da coisa julgada. É dizer: passou em julgado aquilo que foi apreciado e discutido pelo Conselho de Sentença. Ou, ainda, falando a respeito do caso concreto, não mais se discute a soberania dos veredictos já proclamados, no sentido de que "Talhado" não foi o autor material do crime e "Jaspion" não participou, fornecendo a arma ao autor material. Agora, é inegável que se encontra pendente de apreciação pelos jurados a nova tese levantada pela defesa quanto à autoria material por parte de "Jaspion", que, a seu turno, teria agido com a participação de "Talhado". Destarte, se, ante as peculiaridades do rito do Júri, não houve pronunciamento do Conselho de Sentença sobre essa questão específica, não há que se falar em afronta à soberania dos veredictos, muito menos em ofensa à coisa julgada.

Por todas essas razões, filio-me ao entendimento formado por esta colenda Corte no precedente citado, no sentido de que nova denúncia imputando a condição de partícipe ao acusado, absolvido pela autoria material, não implica necessariamente identidade de causa a caracterizar litispendência.

Resta examinar, ainda, a preocupação que levou o relator originário a conceder a medida liminar e que também mereceu consideração por parte do parecer ofertado pelo *Parquet*. Cuida-se da questão alusiva à decisão do Conselho de Sentença, no julgamento do paciente Wilker Bruno ("Jaspion"), inicialmente denunciado como partícipe e, na segunda denúncia, tido por autor material. A dúvida consiste em saber se, com as respostas ao primeiro e ao terceiro quesitos, haveria impedimento a que este paciente respondesse pela autoria do delito nesta segunda acusação. Reproduzo os quesitos mencionados:

> 1º Quesito: No dia 12 de julho de 1998 (...), terceira pessoa, utilizando-se de arma de fogo disparou contra *Wellington Leite de Andrade*, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico de fls.
>
> Resposta: Sim (7x0)
>
> (...)
>
> 3º Quesito: O réu *Wilker Bruno Alves dos Santos* concorreu decisivamente para o crime, ao fornecer a arma a terceira pessoa, bem como prestou-lhe apoio e encorajamento para o cometimento do crime, acompanhando até o local com seu carro e auxiliando na fuga?
>
> Resposta: Não (5x2)

À primeira vista, a leitura dos quesitos transcritos poderia levar à interpretação de que os jurados teriam concluído, ao responder afirmativamente ao

primeiro quesito, que Wilker não seria o autor material dos disparos e que não teria concorrido de qualquer forma para o delito. Contudo, bem vistas as coisas, não é assim que sucede, e, mais uma vez, a resposta se encontra no específico procedimento do Júri.

Como de sereno conhecimento, o questionário é uma das partes mais sensíveis da instituição do Júri. Ele é um dos maiores responsáveis – senão o maior – pelas declarações de nulidades das decisões dos jurados. Sobre o tema, vale recordar a lição de **Rui Stoco**, ao advertir que, "diante do sistema aberto de quesitação permitido na lei processual penal em vigor, com a liberdade concedida ao juiz-presidente de redigir essas proposições sem qualquer parâmetro prévio ou assentamento na lei, (...) o questionário converteu-se em perigosa fonte de nulidades, tornando essa corte popular de justiça ineficiente para dar a resposta esperada pela sociedade e insuficiente para atender à finalidade buscada pelo direito positivo, de dar a cada um o que é seu no exato momento em que a sua atuação e eficácia exige-se efetiva." (In: Tribunal do Júri e o Projeto de Reforma de 2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, Ano 9, p. 221/222, out./dez. 2001).

De fato, diante das numerosas alternativas e variações factuais possíveis no âmbito dos crimes dolosos contra a vida – tentativas, concursos de agentes e outras variantes –, condensar tais variações em quesitos precisos é uma tarefa árdua e muitas vezes ingrata. O Código de Processo Penal, talvez pela própria impossibilidade material, não foi capaz de exaurir a solução do problema. Assim, em geral, a quesitação é moldada de acordo com as regras oriundas, em sua maior parte, da criação doutrinária e jurisprudencial.

No processo em exame, os quesitos apresentados pelo douto magistrado que presidiu o julgamento de Wilker não fugiram a essa regra. Na ocasião, foi proposta a quesitação "padrão" para os casos de participação, indagando-se, no primeiro quesito, sobre a autoria (por meio da utilização do fraseado "terceira pessoa") e a materialidade (reportando-se às lesões descritas no laudo cadavérico).

Esse modelo, a princípio, não causaria maiores complicações se não fossem as outras particularidades do caso concreto. Uma delas é que, com o desmembramento do processo, o partícipe foi julgado antes do réu; ou seja, antes do próprio acusado da autoria material do crime. Tal circunstância – apesar de não expressamente vedada pelo CPP – não é recomendável, à medida que os jurados são chamados a decidir sobre a conduta do acusado, que supostamente teria participado de um crime praticado por alguém ainda, em tese, desconhecido (lembre-se de que, por estar pendente o julgamento, o autor material não foi definido). Sem maior esforço mental, é possível antever a probabilidade de decisões conflitantes, a decorrer de um tipo de desmembramento processual em que se dá primeiro o julgamento do acusado de participação e, somente depois, o do acusado pela autoria material.

Não é só isso. Segundo consta dos autos, o móvel da discussão entre os acusados e a vítima, que acabou assassinada, seria o acerto de contas do tráfico de entorpecentes, no qual estariam todos envolvidos. Disso decorreu a dificuldade da investigação na fase policial em apontar, de forma definitiva, a quem de

fato coube a autoria material do homicídio, ou a participação nesse delito. As testemunhas, aparentemente amedrontadas (cf. Apenso III, p. 228v.), não acrescentaram muito, restando o acolhimento da primeira versão apresentada pelos próprios acusados, a qual terminou por embasar a denúncia, a pronúncia e o libelo. E foi sobre a veracidade dessa imputação específica, formulada num juízo instrutório prévio (*judicium accusationis*), que o Júri foi chamado a decidir.

É sob a ótica dessas singularidades que se deve apreciar a quesitação "padrão" para o partícipe, nos moldes em que formulada. E, em casos como este, no qual o envolvimento de dois ou mais indivíduos e a variedade de elementos do fato a serem considerados podem causar confusão para os jurados, o que se recomenda é o desmembramento do fato principal em dois ou mais quesitos (art. 484, II, do CPP). Daí por que se faz oportuna a lição do pranteado mestre **Bento de Faria**, na matéria:

> Não devem ser formulados quesitos sobre crime diverso do referido no libelo, quando o mesmo resultar evidenciado dos debates.
>
> (...)
>
> Fato principal – é o que constitui o objeto da acusação e o seu quesito deve ser redigido de acordo com o libelo, compreendendo todos os seus elementos integrantes.
>
> O desmembramento do fato principal em dois ou mais quesitos, ainda observa *Moraes Junior* (Op. cit., n. 60), impõe-se nos seguintes casos, os mais frequentes:
>
> (...)
>
> b) – quando a lei penal faz da cooperação de dois ou mais indivíduos, em certos crimes, um elemento modificador da figura dos mesmos;
>
> (...)
>
> d) – todas as vezes que, para a constituição do crime objeto da acusação, entrar fato ou circunstância que, sendo negado ou afirmado, dê lugar a modificação da figura do mesmo crime;
>
> (...)
>
> g) – em geral, quando o Presidente entender que, dividindo o fato principal, evita a obscuridade e facilita a compreensão do Júri.
>
> Quando a lei qualifica certos crimes, exigindo, como elemento fundamental, o concurso de dois ou mais indivíduos (concurso necessário), mister se torna, na organização do quesito sobre o fato principal, com relação a um dos acusados (em cada série), mencionar o fato da cooperação dos demais corréus, sem a declaração dos seus nomes, aos quais se fará referência mediante expressões anônimas.
>
> (...)
>
> Não pode, porém, o Júri nem modificar os termos da acusação para fazer surgir outro delito, nem dizer sobre fatos que não lhe foram questionados. [In *Código de Processo Penal*, vol. II, p. 192/198, Record Editora, 1960.]

Nesse mesmo sentido é o ensinamento de **Fernando da Costa Tourinho**, *in expressis*: "às vezes a indagação sobre o fato principal cabe integralmente num só quesito. (...) Quando o juiz-presidente elabora o questionário a ser submetido aos jurados, a ordem a ser observada é aquela traçada no art. 484. O 1º quesito versa sobre o fato principal. Muitas vezes a indagação deste não pode ser feita

num quesito único. Nesses casos, serão formulados tantos quantos necessários, para maior e melhor compreensão do Conselho de Sentença. Portanto, o inc. II do art. 484 cuida, também, do fato principal, completando-o. (...). Num homicídio simples, por exemplo, embora este seja o fato principal, não pode o Juiz indagar dos jurados se no dia tal, às tantas horas, em tal lugar, o réu matou a vítima. Quando da votação do questionário, os jurados respondem sim ou não à indagação do Juiz-Presidente. Pergunta-se, então: e se os jurados entenderem ter sido o réu quem feriu a vítima, mas a morte desta não foi ocasionada pelo ferimento? Como poderiam eles responder sim ou não àquela indagação? Daí a regra contida no inc. II do art. 484 permitindo a formulação de outro ou outros quesitos sobre o fato principal, mesmo porque a morte, na hipótese, é uma circunstância que, embora integrando o fato principal, é dele separável."

Conjugando essas lições com as singularidades do caso, fica evidente o prejuízo causado quando se optou por não desmembrar o quesito sobre o fato principal, indagando-se acerca da autoria e da materialidade num mesmo quesito. É que a resposta afirmativa do primeiro quesito propiciou dúvida: tal resposta destinava-se à confirmação da autoria para "terceira pessoa", visava simplesmente à confirmação da materialidade do fato, ou o "sim" dos jurados abarcava ambas as indagações? Talvez justamente para simplificar o questionário e evitar dúvidas como essas, o projeto de reforma do Código de Processo Penal – especificamente o projeto de lei sobre o Tribunal do Júri, tramitando na Câmara dos Deputados com o número 4.203/01 – prevê a separação dos quesitos sobre autoria e materialidade, formulando apenas três perguntas básicas para obter a condenação ou a absolvição, sendo a primeira sobre a materialidade do fato, a segunda sobre a autoria ou participação e a terceira sobre a absolvição ou a condenação do acusado.

Enquanto eventuais alterações não ocorrem, cumpre ater-se ao que determina o Código de Processo Penal, que, em seu art. 484, I, estabelece que "o primeiro quesito versará sobre o fato principal, **de conformidade com o libelo**". Como a lei não contém palavras inúteis, essa parte final do dispositivo não deve ser desconsiderada. Ela reforça a ideia de que a decisão do Júri está adstrita ao que foi contido no libelo acusatório, como se viu da lição de **Bento de Farias**. E segundo o magistério de **Frederico Marques**, "no processo penal do júri, portanto, a *res judicium deducta* está consubstanciada na acusação contida no libelo. Sobre ela versará a decisão do Tribunal do Júri, quer quando no veredicto os jurados proferem julgamento sobre o crime e a autoria, quer quando o presidente do Júri, na sentença, decide a respeito das sanções penais aplicáveis" (in *A instituição do Júri*, p. 105, 1997, Editora Bookseller). Pois é justamente essa análise dos jurados sobre a acusação contida no libelo que faz coisa julgada. Se se prefere, o alcance da coisa julgada provém dos motivos que levaram à decisão.

Como exposto, diante da inexistência de resposta conclusiva acerca da destinação do "sim" emanado dos jurados no primeiro quesito – autoria ou materialidade ou ambos –, não é possível afirmar de forma incontestável que os jurados concluíram que a "terceira pessoa", a que se referiu a quesitação, não seria sinônima de "alguém desconhecido", podendo, inclusive, ser o próprio

acusado, na oportunidade julgado pela participação. Dito de outro modo, diante das peculiaridades do caso e do não desmembramento da quesitação sobre o fato principal, não se pode afirmar que o Júri afastou por completo a possibilidade de autoria material do homicídio por **Wilker**. Donde caber a observação de **Walmiki Barbosa Lima**, em seu *Manual do Júri*, sobre o homicídio consumado em que tenha havido coparticipação. Diz o autor que, "se o júri negar o primeiro quesito, isto é, a materialidade do fato e a sua autoria por 'terceiro', nem por isso ficam prejudicados os demais, referentes ao copartícipe, pois **se o 'terceiro' não praticou o fato principal, pode o copartícipe ter sido o autor isolado do fato criminoso, pelo concurso prestado na execução. Do julgamento de um corréu, pelo Júri, não se pode inferir o do coautor, isso não apenas da sistemática estabelecida no art. 484 do CPP (voto do Ministro Thompson Flores, in *RTJ* 51/663), como também levando-se em conta que, 'antes de tudo, o Júri fica vinculado à sentença de pronúncia e ao libelo' (ministro Eloy da Rocha, in *RTJ* 51/665) e que o Júri tem liberdade de decidir em torno da matéria de fato como bem lhe apraz (...)" (ministro Adalício Nogueira, in *RTJ* 46/228)**. (In *Manual do Júri*, Aide Editora, 2. ed., p. 233, 1987.)

Para enxotar qualquer dúvida que eventualmente persistisse quanto à inexistência de manifestação taxativa dos jurados no tocante à autoria material, oportuna a leitura da sentença proferida pelo juiz-presidente. Nela, o nobre magistrado afirma, categoricamente, que "o douto Conselho de Sentença reconheceu por unanimidade de votos **a materialidade, letalidade e o nexo de causalidade**, ao votarem afirmativamente os dois primeiros quesitos, ao passo que aceitaram a primeira tese da defesa, **negativa de participação**, por cinco votos a dois, ao negarem o terceiro quesito" (fl. 288-Apenso 1). E veja-se que não houve nenhuma menção expressa à autoria material do delito.

Passo, por derradeiro, a examinar a formulação do terceiro quesito. E, mais uma vez, sirvo-me da lição de **Tourinho Filho**, para quem:

> Outro assunto que tem provocado dissensão na doutrina é o pertinente à formulação do quesito da participação, de que trata o art. 29 do CP. No nosso entender, mesmo que nos autos haja prova de que o réu concorreu deste ou daquele modo para o crime, deve o Juiz, além de formular quesito sobre a forma específica em que teria ocorrido a participação, formular outro, na forma genérica tratada no art. 29 do CP. Os jurados podem entender que o réu não participou da forma como prevista no primeiro quesito (sobre a participação), mas (...) de outra. Daí a necessidade de um segundo quesito: "O réu X contribuiu de qualquer modo para a prática do homicídio?" [In *Processo penal*, vol. IV, p. 112, edição, Editora Saraiva.]

Ora, no caso, objeto de indagação foi exclusivamente se **Wilker** participara do evento criminoso da forma narrada no libelo acusatório. Portanto, o que os jurados por maioria afirmaram, e que não pode mais ser contestado, é que o acusado não participou da maneira descrita no libelo; quer dizer, não forneceu a arma para a execução do crime, auxiliando a fuga do criminoso. Se nada mais foi perguntado, nada mais é possível extrair dessa resposta, sob pena de se estar exercendo um juízo de adivinhação, com manifesta usurpação da competência do Júri.

Tal certeza não ocorreria se, no caso, tivesse havido um outro quesito – posterior à forma de participação específica – perguntando aos jurados se o acusado, por hipótese, participou "de qualquer modo para a prática do homicídio". Penso que uma nova resposta negativa sobre essa indagação traria sérias dificuldades de que uma nova acusação recaísse sobre **Wilker**. Todavia, como não houve a mencionada formulação de quesito geral, após a primeira indagação da participação efetiva, não há como dizer que os jurados exauriram qualquer tipo de envolvimento do acusado nos eventos criminosos.

Pois bem, ainda que assim não fosse, é preciso lembrar a excepcionalidade do caso, no qual era patente a dificuldade de se estabelecer previamente a real participação de cada acusado, no concurso de agentes. Nessas hipóteses, repito, **excepcionalíssimas**, não se deve perder de vista o interesse público. É o que não deixa de ensinar **Antônio Scarance Fernandes**, *in verbis:*

> Admite-se acusação em casos de concurso de agentes sem completa especificação de cada conduta quando, pela complexidade do fato ou pela natureza do crime, isso não for possível. São hipóteses concretas em que há participação difusa ou multifária, ou em que os crimes são "de autoria coletiva", "societários", "multitudinários". Defrontam-se nesses casos dois interesses contrapostos: o da sociedade, que quer ver reprimidos tais crimes, de grande reflexo na vida da coletividade, como ocorre com os crimes econômicos, e o interesse do indivíduo, que tem o direito à imputação clara, precisa, determinada.

Deveras, não se pode perder de foco a situação dos autos, em que é incontroverso o envolvimento de ambos os pacientes nos eventos anteriores e posteriores ao homicídio. É dizer: um homicídio foi consumado e há indícios fortíssimos de que um dos dois acusados foi o autor; e o outro, partícipe. Resta aos jurados decidir o grau de comprometimento de ambos os agentes, bem como se eventual participação é ou não penalmente relevante. Agora, o que não se pode admitir é que o Supremo Tribunal Federal valide o procedimento de réus que, tirando proveito do complexo procedimento do Júri, adotam como estratégia, no caso de concurso de pessoas, confessar inicialmente uma conduta para depois invertê-la, em plenário, e, assim, provocar sua absolvição. Ficariam, dessa forma, em uma posição extremamente cômoda; senão, veja-se: a) réu libelado por autoria material e condenado por participação – a defesa alegará nulidade pela desconformidade entre a pronúncia-libelo e quesitação, já que foi pronunciado por uma conduta e condenado por outra; b) réu absolvido da acusação de autoria (por assumir a participação nos eventos criminosos) – alegar-se-ia, como no caso, a ocorrência de coisa julgada.

Procedimentos desse tipo são intoleráveis, penso, e não podem ser respaldados por essa Casa Maior de Justiça, sob pena de se afastar por completo os princípios da busca da verdade real e da justiça material.

Por todas essas razões, não enxergo nenhum constrangimento ilegal por efeito da nova denúncia, que, na realidade, nada mais faz do que devolver ao juízo constitucionalmente competente do Júri as teses sustentadas pelos próprios

acusados – que ainda não foram apreciadas –, para que, **agora de forma definitiva**, o Conselho de Sentença, **soberanamente**, decida sobre o envolvimento dos acusados no evento criminoso. No ponto, faço minhas as palavras da então titular do Tribunal do Júri de Brasília, hoje desembargadora **Sandra de Santis**, que, ao receber a segunda denúncia, afastou a preliminar de coisa julgada, asseverando (fl. 65):

> Tem razão o Ministério Público ao consignar que não ocorreu a formação da coisa julgada, pois diversas se mostram as causas de pedir. Portanto, a denúncia foi recebida por estarem presentes os requisitos legais, inexistindo qualquer óbice ao processo.

Senhor presidente, ainda que reconhecendo, e o faço com muito gosto, o brilho com que se houve da tribuna o dr. Kebler, o meu voto é pelo indeferimento do *habeas corpus*.

VOTO

O sr. ministro Carlos Ayres Britto (relator): Feito o relatório, passo ao voto.

17. Confesso que, num primeiro momento, me inclinei a seguir a mesma trilha da liminar deferida e do pronunciamento do Ministério Público, acreditando que se estaria diante de um exemplo evidente, quase acadêmico, de ofensa à coisa julgada. Entretanto, o estudo mais aprofundado da instituição do Júri e as peculiaridades do caso vertente revelaram a dimensão do meu engano ao pensar que se cuidava de questão de fácil deslinde.

18. Na realidade, para a solução da controvérsia posta nestes autos, é necessário incursionar pelas complexidades técnicas dos dois mencionados institutos de direito constitucional: a coisa julgada e a soberania do Júri. Daí por que principio este voto com os seguintes dizeres do promotor oficiante no Tribunal do Júri, à guisa de justificação da nova denúncia e na tentativa de fugir do *bis in idem*:

> Cumpre ressaltar que, não obstante tenham sido os réus absolvidos pelo Egrégio Tribunal do Júri das imputações a eles atribuída às fls. 02/04, **restou constatado, no decorrer do julgamento do segundo réu, que os mesmos, visando furtarem-se da ação da justiça, inverteram suas respectivas participações no evento criminoso, assumindo cada qual, conduta perpetrada pelo outro**.
>
> Tendo em vista ao exposto, e não se verificando, obviamente, a forma da coisa julgada, em virtude de não haver identidade de causa, que supõe o mesmo fato, nada impede seja recebida a presente denúncia. Considerando o estrito limite da ação delitiva que foi submetida a julgamento, claro está que os réus praticaram outra conduta que não aquela apreciada, não se configurando, pois, *bis in idem*.
>
> A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de Frederico Marques, esposados em sua obra *Elementos de direito processual penal* III-95-96:
>
> quando se instaura nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de ação penal anteriormente decidida em sentença tornada imutável pela coisa julgada [e que] sob o ângulo objetivo é a imputação, ou a *causa petendi*, o que individualiza ação penal e a acusação, o litígio penal e *a res in judicium deducta*.
>
> Segundo Giovanni Leone, in "*Tratado de derecho procesual penal*", trad. esp. III/342, *in verbis*:

> Há identidade dos fatos quando haja completa identidade cronológica e material entre os elementos que constituem a ação que se imputa aos agentes no procedimento a respeito do qual intervém a coisa julgada, e os elementos que constituem o fato imputado à mesma pessoa no procedimento que se quer iniciar depois. Basta que um elemento seja diferente para que não se possa falar de mesmo fato, mas de fatos diferentes.

Verifica-se que a causa de pedir não é a mesma.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento nos seguintes moldes:

> Homicídio. Autoria. Decisão absolutória do Júri. Instauração de nova ação penal. Diversidade do fato. Inocorrência de coisa julgada. Art. 110, § 2º, do CPP.
>
> A absolvição, pelo Júri, da imputação de autoria material do crime de homicídio, não faz coisa julgada impeditiva de o paciente responder em nova ação penal como participante, por autoria intelectual, do mesmo crime cuja autoria material é imputada a outrem.
>
> *Habeas corpus* denegado. [STF, HC 64.158-0, *DJ* de 19-12-1986.]

19. Pois bem, no precedente mencionado foi que a Primeira Turma desta colenda Corte debateu a respeito da coisa julgada no âmbito do Tribunal do Júri. Na oportunidade, o memorável parecer ofertado pela douta Procuradoria-Geral da República – aprovado pelo saudoso mestre Assis Toledo, então subprocurador-geral – analisou o instituto da *res judicata*. Pela sua clareza vernacular e sólido embasamento jurídico, a manifestação tem especial serventia para o deslinde da presente *questio*, razão pela qual passo a transcrevê-la:

> A hipótese é de descrição relativamente simples. *Arnaldo Henrique Vianna* foi acusado e afinal absolvido, pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora, de ser o autor material do homicídio que vitimou um lavrador quando retirava lenha em sua propriedade. Cerca de sete anos após, o preposto do acusado, José Cardoso, vulgo José Gabriel ou José Pretinho, escondido durante todo este tempo, não se conteve e confessou espontaneamente ser ele o autor material do crime, praticado a mando do patrão, que cuidara de sua fuga logo após o evento. Instaurou-se nova ação penal, em que se imputa a *Arnaldo* a conduta de mandante e a *José Cardoso* a conduta de executor dos atos que culminaram com a morte do mesmo lenhador.
>
> A singeleza da hipótese não diminui a complexibilidade da matéria de direito, como demonstra o parecer do Doutor Marcello Jardim Linhares. A doutrina e o direito comparado não conseguem dissipar as incertezas. Não é que se negue o *ne bis in idem*, proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem a sacralidade da coisa julgada, assegurada no texto da Carta Magna, como opção política de prestigiar os provimentos judiciários irrecorríveis em prol do interesse público da segurança jurídica, que inclui o direito individual ao sossego. A dificuldade reside na definição clara do que possa ser objeto de coisa julgada com critérios de fácil aplicação prática; de modo a não se considerar como tal situações que favorecem a impunidade, mediante artifícios que afastem um provimento jurisdicional de mérito sobre a conduta típica.
>
> O artigo 110, § 2º, do CPP prescreve:

A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

Evidentemente, as decisões interlocutórias se excluem da arguição. Também se exclui a ocorrência de circunstâncias posteriormente descobertas que, ainda que modifiquem a qualificação jurídica do fato, não afetam sua integridade.

Souza Neto relata os termos da controvérsia jurídica a respeito da coisa julgada em matéria penal no direito pátrio, mas não avança na definição do "fato principal" (verbete "coisa julgada (Direito Penal)" in J.M. Carvalho Santos, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. IX, p. 303). *Borges da Rosa* equipara a coisa julgada penal à civil, ao exigir que as ações em confronto versem sobre a mesma coisa, procedam da mesma causa e se movam entre as mesmas pessoas (*Comentários ao CPP*, p. 211). No mesmo sentido, *Hélio Tornaghi* é mais explícito: "Para que se possa invocar a coisa julgada é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento (*eadem causa petendi*). "(*Comentários ao CPP*, v. I, tomo II, p. 283). Em outra obra, diz o mesmo autor que "nem tudo quanto é debatido passa em julgado". Daí a necessidade de se remontar aos motivos da decisão para se determinar o alcance da coisa julgada, pois a imutabilidade se atém ao comando contido na sentença.

Todavia, há que se reconhecer, consoante a lição de *José Frederico Marques*, que o pedido, na ação penal, é sempre o mesmo (imposição de pena), e não apresenta os aspectos de contenciosidade do pedido em matéria civil (*Elementos de DPP*, v. III, p. 83-84). O pedido contido na acusação, na realidade, se delimita pela causa de pedir, isto é, o fato principal narrado. A alteração na qualificação jurídica é irrelevante, mas a decisão não pode pretender o exame de conduta que não corresponde à imputação inicial.

O paciente foi acusado no primeiro processo, de ter desferido tiros que causaram a morte da vítima. Será que a absolvição, decorrente da negativa desse comportamento, pelo Conselho de Sentença, pode ser interpretada como negativa de qualquer participação do paciente no evento? Se os jurados tiveram esta intenção, não foram explícitos e, se o tivessem sido, **teriam surpreendido o réu com um fato novo, do qual não estava sendo acusado até então**.

A definição de "fato principal" é meramente ideal, porque a realidade é complexa, entrelaçada, dinâmica. Somente por via de abstração se torna possível o isolamento de uma série de eventos a que se dê uma designação comum. A elegância da argumentação do impetrante não esconde que, para sua tese, o fato principal é algo solto e desgarrado entre os fenômenos, sem causalidade de qualquer natureza. Em suas razões, fato principal equivale a resultado ou evento. Convém lembrar, com o devido respeito, que tal resultado só interessa ao direito penal pela conduta que lhe deu causa. Pessoas nascem e morrem naturalmente, sem interesse penal. **Portanto, a construção de uma ideia de fato principal, que não distorça os fenômenos, compreende a conduta dirigida ao resultado. Do contrário, será fácil para que mandantes de crime se esquivem de um provimento de mérito sobre o seu comportamento, desde que sigam a linha de defesa do paciente**.

Os sábios ensinamentos contidos nos precedentes desta Corte, conquanto não tenham deparado com uma hipótese idêntica à presente, são elucidativos a seu respeito. **Os precedentes revelam pelo menos a justa preocupação dos julgadores em não sublimar a garantia jamais questionada do *ne bis in idem*, a ponto de se converter em vala comum da impunidade**.

Assim, por mais de uma vez, o STF excluiu do alcance da coisa julgada a decisão que decreta a extinção da punibilidade pela equivocada suposição de morte do agente (HC 60.095-RJ, Relator o Ministro *Rafael Mayer*, publicado na *RTJ* 104/1063, e HC 55.901-SP, Relator o Ministro Cunha Peixoto, publicado na *RTJ* 93/986). É de se enfatizar que, ao contrário do direito italiano, que expressamente exclui tais hipóteses do manto da coisa julgada, o CPP brasileiro não a distingue de outras decisões que igualmente põem termo à controvérsia. Como se não bastasse, o RHC 5.410-DF, Relator o Ministro Antônio Neder, negou o *writ* formulado em interessante hipótese: dois réus foram absolvidos pelo júri da imputação de praticar aborto consentido por inexistência do fato; nem por isto a suposta gestante que consentira na prática do aborto em si mesma poderia ver sua imputação excluída de apreciação pelo colegiado popular (*RTJ* 84/101).

No HC 46.253-GO, Relator para o acórdão o Ministro Thompson Flores (*RTJ* 51/662), também denegado, contra o voto do Relator, Ministro Amaral Santos, a hipótese tinha mais semelhança com a coisa julgada. O executor do crime foi condenado pelo júri, que porém negou o quesito pertinente à promessa de paga ou recompensa, pelo que o mandante, então paciente, reputou seu caso já apreciado naquela decisão. O Ministro Amaral Santos sustentou, sem êxito, que a coisa julgada no primeiro processo, negando o fato, impedia sua afirmação na pronúncia relativa ao mandante. A transcrição do seguinte trecho do debate entre ele e o Ministro Eloy da Rocha situa bem a controvérsia e mostra as peculiaridades e limitações do júri, que impede a extração de inferências de seu veredito:

> O sr. ministro Amaral Santos: Temos de examinar o julgamento. O julgamento do júri constitui uma decisão como outra qualquer: tem a mesma eficácia como a de um juiz de paz, dentro dela sua competência, como a do Supremo Tribunal Federal, dentro da sua competência. A coisa julgada é igual.
>
> O sr. ministro Eloy da Rocha: **Não há similitude. Antes de tudo, o Júri fica vinculado à sentença de pronúncia e ao libelo**.
>
> O sr. ministro Amaral Santos: Mas, também temos de julgar em face do pedido. Não temos de ir além.
>
> O sr. ministro Eloy da Rocha: **Não há, somente, a limitação do libelo; há a sentença de pronúncia. E o Júri não tem o mesmo poder do juiz. A própria desclassificação, pelo Júri, não obedece às mesmas regras se decretada pelo juiz. Mas, a discussão doutrinária, muito interessante, a esse respeito, não serviria ao caso.**

Ora, é curial que **quem afirma que A não matou B (quesitos fls. 58) não nega que A possa ter mandado matar B. Não importa que, no primeiro processo, já se ventilasse a hipótese de autoria intelectual. Não apenas a classificação legal, quanto a narrativa do fato, retratavam inequívoca hipótese de autoria material. Naquele feito, já trânsito em julgado, o paciente produziu defesa apenas quanto à autoria imediata, porque só disto fora acusado. Absurdo seria a condenação por autoria intelectual. Sobre ela nada se indagou ao júri, que não dispõe dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado.**

A toda evidência, o "fato principal" a que alude o artigo 110, § 2º, do CPP compreende a conduta e o resultado. Não importa que a consequência seja a mesma para quem mata e para quem mande matar. Dado um crime, qualquer que seja, deve sempre haver uma pena. A sociedade tem o dever e

o direito de submeter o paciente ao único órgão a quem, por mandamento constitucional, cabe apreciar uma imputação de autoria de homicídio. A linha defensiva do paciente, se acolhida, cria uma imunidade judiciária que não condiz com o disposto na lei.

O parecer, portanto, é pelo indeferimento do *writ*.

20. À exceção do ministro Oscar Corrêa, a Turma chancelou essa orientação, acompanhando o relator, ministro Rafael Mayer, que em seu voto consignou:

O que se pretende, na presente impetração, como está dito na inicial, é que não é lícito mandar o paciente a *novo julgamento*, por crime de homicídio, após o trânsito em julgado da decisão que o *absolveu* do mesmo crime, pela negativa de autoria. "Seguramente", conclui a impetração, "cristalizou-se a categoria processual da *coisa julgada* que, via da demonstração feita, não pode ser modificada por força do aceitamento jurídico do *mesmo fato* (fato principal é a morte da em homicídio à vitima), sobretudo porque não há distinguir entre autor, coautor e cúmplice, na linha da concepção unitária adotada pelo direito brasileiro" (fls. 9-10).

Questionar-se se tem aplicação à hipótese o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, no dizer de que a *exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença*.

Obviamente, a coisa julgada material que se formou relativamente ao fato delituoso que foi objeto de decisão do júri, não contém eficácia negativa a impedir que se instaure a ação penal contra o terceiro que não foi sujeito passivo na lide anterior, inocorrente, portanto, a identidade de parte, ainda que, o fato que se lhe imputa tenha sido exatamente o mesmo, ou seja, a mesma causa de pedir, sendo irrelevante a configuração da coisa julgada criminal o pedido, expresso igualmente, em todo caso, como uma demanda de aplicação da pena.

Resta saber se a mesma decisão trânsita em julgado, absolutória do paciente, é impeditiva de que este responda criminalmente, não mais como autor material do crime de homicídio, como fora objeto do veredicto, mas como autor intelectual, e portanto, partícipe nele.

Importa verificar, para os efeitos do dispositivo processual se com relação ao paciente, há identidade entre o fato principal que foi objeto da sentença absolutória e o que ora se lhe imputa, de modo a opor-se à persecução penal o dogma do *ne bis in idem sit actio.*

(...)

Ora, essa identidade de causa, que supõe o mesmo fato, inexiste, se se tem em conta o estrito limite de ação delitiva que o julgamento absolutório teve em mira, na posição de autor material do crime e realizador do próprio tipo criminal em causa, em face da nova imputação de participação no mesmo crime, mas que foi executado por outrem, o que significa uma outra conduta que não aquela anteriormente apreciada.

O insigne Giovanni Leone, ao propósito do conceito do direito italiano, inspirador do nosso, e a respeito da identidade de fato, o juízo de relação entre o primeiro processo decidido e o segundo, repudiando a concepção naturalística, assegura, em definitivo que "a *eadem res* no penal está constituída somente pela conduta (ação ou omissão) imputada, e acerca da qual se julgou" (...)

Ora, do ponto de vista da ação delitiva, como "comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior" e que tende a um resultado, e em que pese a concepção unitária do crime, impossível é desconhecer

a distinção, vigente na melhor doutrina entre autoria, coautoria e participação em sentido estrito, referindo-se as duas primeiras classes aos que realizam ou participam da realização da ação típica, enquanto o partícipe é o "agente que acede sua conduta à realização do crime praticando atos diversos do autor" (Damásio de Jesus, "Da Codelinquência em face do novo Código Penal"/7; Aníbal Bruno, "Direto Penal", 1º e 2º, *passim*).

Ora, bem diversa, portanto é a imputação anterior, de autoria, e a que ora se faz, nem sequer de coautoria, mas de participação por instigação, ou seja autoria intelectual ou psíquica, para se ver se inocorre, no caso, o mesmo fato que foi objeto da sentença anterior.

Nem haveria contradição com o julgamento anterior, que absolveu o paciente da imputação de autoria do crime, de um novo e eventual julgamento que o condenasse como instigador da sua autoria por terceiro, pois a soberania do caso julgado não estaria afetada, dada a diversidade do objeto.

Pelo exposto, invocando ainda os fundamentos do douto parecer da Procuradoria-Geral da República, que tenha por incorporados ao voto, indefiro o pedido.

21. Irretocável, é o que me parece, a conclusão do julgado acerca do alcance e da configuração da coisa julgada, especialmente em se tratando de feito da competência do Tribunal do Júri. É que entendimento diverso do esposado no referido precedente acerca do "fato principal" implicaria consequências outras, como a equiparação das figuras do autor, coautor e partícipe (à medida que igualaria o conceito de "fato principal" ao de resultado – no caso, morte –, desprezando, por completo, a conduta de quem lhe deu causa). Bem vistas as coisas, também levaria à conclusão de que a nova imputação, inteiramente distinta da primeira, e que não foi sequer narrada na denúncia, na pronúncia ou no libelo, possa fazer coisa julgada material, quando nem mesmo foi apreciada pelo Conselho de Sentença, usurpando, portanto, sua soberania constitucional (art. 5º, XXXVIII, *d*, da CF/1988). Diante desse quadro jurídico, o precedente assentou a possibilidade de o réu absolvido da acusação de autoria material responder pela participação.

22. Acontece que, no parecer ofertado nesta oportunidade, o ilustre procurador-geral da República cita lição de Vicente Greco Filho, segundo a qual "a acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, ainda que não o descreva integralmente, cabendo aos órgãos da persecução penal apresentá-lo por completo, aplicando-se, se for o caso, o art. 384 do CPP" (*mutatio libelli*). Com isso estaria exaurida a possibilidade de submeter a questão a novo processo contra o mesmo réu.

23. Ora, dúvida eu não teria em subscrever o pronunciamento, não fosse a particularidade de que não se está diante de um rito comum, mas de processo da competência do Júri, que, na lição do parecer aprovado pelo mestre Assis Toledo, "não dispõe dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado". Essa orientação também encontra eco na melhor doutrina. Júlio Fabbrini Mirabette, por exemplo, registra a inaplicabilidade do art. 384, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao rito do Júri. Ensina o festejado autor, *in expressis*:

> Entendendo o juiz que há crime diverso do imputado, mas ainda da competência do júri, como no caso de reconhecer homicídio, em vez de auxílio ao suicídio, ou ao contrário; de homicídio e não de infanticídio, ou vice-versa etc., pode efetuar a desclassificação, ainda que sujeito o acusado a pena mais grave. **Não se aplica, assim, o art. 384, e muito menos seu parágrafo único. Embora alguns entendam que o § 4º do art. 408 ressalva a aplicação do art. 410 e seu parágrafo único, pelos quais o juiz "em qualquer caso" deve manda abrir vista para o réu apresentar sua defesa e arrolar testemunhas, a interpretação deve ser outra. A referida expressão determina apenas que o prazo seja aberto ao acusado quer o juiz competente para julgar o crime para o qual foi desclassificada a infração seja o mesmo da sentença, quer seja outro, como se observa no confronto entre a primeira e a segunda parte do art. 410, *caput*.** [In *Código de Processo Penal interpretado*, Ed. Atlas, edição, p. 1099/1100.] [Sem destaques no original.]

24. Daqui se deduz que a solução jurídica assenta suas raízes no próprio rito do Júri, disciplinado no Código de Processo Penal desde a instrução até o julgamento (arts. 394 a 497). Porque, como se sabe, o instituto se marca por duas fases processuais distintas, a saber: *judicium accusationis* e o *judicium causae*. A primeira tem início com o oferecimento da denúncia e se encerra com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia. Já a segunda fase vai da apresentação do libelo à decisão proferida pelo juiz presidente do Conselho de Sentença.

25. Pois bem, durante a primeira fase há atos postulatórios (como a denúncia e a defesa prévia), atos instrutórios (interrogatório, inquirição de testemunhas, diligências) e atos decisórios (recebimento da denúncia, pronúncia e outros). Nela se encerra um juízo de admissibilidade da acusação a ser encaminhada à apreciação dos jurados. E esse quadro acusatório é esculpido justamente pela prova produzida nesta fase e definitivamente emoldurado na decisão de pronúncia, que condiciona o libelo. Em outras palavras, o libelo é o espelho da pronúncia.

26. Ajunte-se que, até a pronúncia, o rito do Júri não difere do procedimento ordinário e é justamente por essa razão que se admite nessa primeira fase – perante o juiz togado – a alteração na imputação veiculada pela acusação, respeitando-se a ampla defesa e o contraditório. Como se pôde observar da lição anteriormente transcrita, essa alteração não consiste em *mutatio libelli* propriamente dita, mas num mero ajuste da imputação a ser apreciada pelo Conselho de Sentença, como se depreende da conjugação dos arts. 408, § 4º, e 410 do CPP. O Código de Processo Penal prevê somente mais uma possibilidade de alteração da pronúncia. Ela se encontra no art. 416, mas diz respeito à verificação de circunstância **superveniente** capaz de alterar a classificação do delito, o que não ocorre no caso em exame.

27. Diga-se, agora, que, terminada a inquirição das testemunhas, diferente é o procedimento no Júri. Enquanto no rito comum a acusação é imediatamente julgada pelo magistrado, no rito do Júri se passa à segunda fase, em que a acusação é submetida aos jurados. Dito de outro modo, o prenúncio da primeira fase é levado ao Conselho de Sentença, que dirá sobre a procedência do **acusamento posto na pronúncia**.

28. Vê-se, então, que a pretensão punitiva jaz circunscrita aos limites do contraditório que se travou, previamente, entre acusação e defesa; não mais sendo passível de alteração, a não ser pelos jurados. Justamente em face desta singularidade procedimental é que se assentou na jurisprudência que a *quesitação* deve ficar adstrita ao libelo, que, a seu turno, está vinculado à pronúncia. Isso ocorre não só para garantir a ampla defesa e o contraditório do réu – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário –, mas também para ser respeitada a paridade de armas entre acusação e defesa. Essa preocupação com a paridade é de tamanha importância que mereceu atenção especial do legislador. Cite-se, como exemplo, o art. 475 do CPP, que limita a produção de prova em juízo.

29. Nesse amplo contexto, para ser fiel à necessidade de conformidade entre pronúncia-libelo-quesitação, é preciso entender que algumas questões estão superadas, como os limites da imputação típica levada aos jurados, inclusive no tocante às qualificadoras. Pela mesma razão que é vedado à defesa apresentar documentos novos em plenário, também o é invocar perante os jurados versão inédita, que não tenha observado o tríduo legal necessário à ciência prévia da acusação. Não se pode perder de vista a finalidade dessa segunda fase do Júri, cujo escopo é a tentativa, por parte da defesa e da acusação, de provar aos jurados as teses sustentadas na primeira fase (a formação da culpa).

30. É de se perguntar: mas de que modo proceder se, como no caso, a moldura da acusação é quebrada pela defesa, que, de surpresa, em plenário, faz uso de tese inédita, a qual altera substancialmente a acusação já nessa segunda fase? Lembro que, a esta altura, não mais é possível emendar a acusação, já circunscrita aos lindes do libelo. Por outro lado, a tentativa de impedir que a nova versão para os fatos seja invocada em plenário poderia ser interpretada como limitação ao postulado da ampla defesa.

31. Nesse lanço, calha buscar-se apoio intelectual em Hermínio Alberto Marques Porto, que ajuízo da impossibilidade dessa inovação defensiva gerar quesitos. Confira-se*:*

> No encerramento do procedimento destinado à apuração judicial do crime com julgamento entregue à competência do Tribunal do Júri, as partes, em alegações finais orais, ao Conselho de Sentença encaminham seus argumentos, podendo a acusação replicar e a defesa então apresentar a tréplica (art. 473) (...). **Mas, se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura restritamente nos limites da réplica; tal inovação defensiva – que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgamento fixados – violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da acusação, advertir a defesa sobre a violação de princípios de processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso**

> **XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação**. [In *Júri – Procedimento e aspectos do julgamento – Questionários*, 3. ed., p. 125/127, RT, 1982.] [Sem destaques no original.]

32. Mesmo para aqueles que discordam desse pensamento e entendem pela possibilidade de quesitação quanto à nova tese defensiva, não seria possível, no caso, falar-se em cerceamento à defesa. É que a outra solução passaria pela invocação ao inciso III do art. 484 do CPP. Entretanto, na espécie, a aplicação do referido dispositivo seria questionável, seja porque o quesito a ser formulado estaria inevitavelmente relacionado ao fato principal, seja porque não houve pedido ou qualquer manifestação equivalente por parte da defesa para a formulação do quesito, conforme se verifica da ata do julgamento.

33. Em boa verdade, não se pode perder de vista que os jurados apreciam as questões veiculadas na pronúncia; e, como visto, para que esta se perfaça bastam a certeza do crime e a **probabilidade da autoria**. Como dizia Frederico Marques, citando lição de Pimenta Bueno:

> (...) o juiz, para pronunciar, bastava ter prova suficiente de haver ou não "razoável suspeita de ser o indiciado o autor do crime". E esse é também o sentido dos arts. 408 e 409 do Código de Processo Penal, quando estatuem sobre as condições, respectivamente, da procedência ou improcedência da denúncia, para que assim seja o réu pronunciado ou impronunciado. **Tudo está a mostrar, portanto, que o Código de Processo Penal, para o juízo da formação da culpa, exige a certeza do crime e a probabilidade da autoria, como pressupostos suficientes da pronúncia do réu**. [In *A instituição do Júri*. Editora Bookseller, 1997, p. 365.] [Sem destaques no original.]

34. Destarte, o que os jurados analisarão é essa probabilidade de autoria. Noutros termos, verificarão se, de acordo com que foi preliminarmente apurado, confirmar-se-á que "X", com o auxílio de "Y", praticara o crime cuja existência não se contesta. Tal pronunciamento, pelas peculiaridades do Júri, não se confunde, portanto, com uma manifestação dos jurados quanto à tese diversa. Dito de outro modo, não se pode afirmar que o Conselho de Sentença, ao apreciar a primeira questão, automaticamente refutou hipótese diversa no sentido de que "Y" praticara o crime com o auxílio de "X". É que os indícios trazidos na instrução feita na formação da culpa deverão ser confirmados na instrução definitiva a ser feita em plenário. Donde não se pode dizer que o quadro fático trazido pela pronúncia é definitivo.

35. No caso, tal conclusão fica ainda mais evidente, à medida que a defesa, como dito, deixou de requerer quesito específico sobre a tese levantada em plenário, como também abriu mão de outros meios de prova, ao dispensar as testemunhas. Ao proceder dessa maneira, patente que ela, defesa, deixou a questão limitada ao que foi apurado na fase do *judicium accusationis*, sendo esta a única questão de fato analisada.

36. Ante esse panorama fático-jurídico, penso que a solução está em entender que a defesa em plenário deve se ater às teses já sustentadas até o momento da

formação da culpa. Quando muito, poder-se-ia admitir que fosse feita quesitação específica sobre a aludida tese. Se assim não se proceder, deve-se interpretar que a defesa assume o risco de ter invocado a inédita teoria, que, se disser respeito a uma nova conduta por parte do réu – diversa da constante da pronúncia, mas ainda do âmbito de competência do Júri –, não impede que uma nova acusação, **e agora definitiva**, seja oferecida. Desse modo, de uma só vez, garante-se o exercício da plena defesa do acusado, como também impede-se que haja surpresa para a acusação, com afronta ao contraditório.

37. Com isso, também se evita que, nos casos de concurso de pessoas em que há autor e partícipe, a defesa – por estratégias pouco comprometidas com a verdade real e com a justiça material – provoque o desmembramento do julgamento e, em plenário, inverta as acusações, imputando ao corréu a conduta de que o patrocinado está sendo acusado e confessando a conduta anteriormente imputada àquele. Não resta dúvida de que, quando isso acontece, o Conselho de Sentença, ao absolver o acusado, está inocentando-o da conduta que inicialmente lhe foi atribuída e **não daquela que, em plenário, confessou**.

38. Entendimento diverso, de outra feita, implicaria a chancela das *"*situações que favorecem a impunidade, mediante artifícios que afastem um provimento jurisdicional sobre a conduta típica*"*, como advertiu esta colenda Corte no HC 64.158. Isso porque se estaria impedindo que a conduta **confessada em plenário** fosse devidamente apreciada pelo tribunal constitucionalmente competente.

39. Por essa mesma razão, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, porquanto, como pontuado, essa nova acusação não sofreu o crivo do Conselho de Sentença, que só se manifestou sobre a conduta inicialmente confessada, pela qual o acusado foi pronunciado e libelado. Essa, sim, encontra-se sepultada, totalmente coberta que está pelo manto da coisa julgada. É dizer: passou em julgado aquilo que foi apreciado e discutido pelo Conselho de Sentença. Ou, ainda, falando a respeito do caso concreto, não mais se discute a soberania dos veredictos já proclamados, no sentido de que "Talhado" não foi o autor material do crime e "Jaspion" não participou, fornecendo a arma ao autor material. Agora, é inegável que se encontra pendente de apreciação por parte dos jurados a nova tese levantada pela defesa quanto à autoria material por parte de "Jaspion", que, a seu turno, teria agido com a participação de "Talhado". Destarte, se, em face das peculiaridades do rito do Júri, não houve pronunciamento do Conselho de Sentença sobre essa questão específica, não há que se falar em afronta à soberania dos veredictos, muito menos em ofensa à coisa julgada.

40. Por todas essas razões, filio-me ao entendimento formado por esta colenda Corte no precedente citado, no sentido de que nova denúncia imputando a condição de partícipe ao acusado, absolvido pela autoria material, não implica necessariamente identidade de causa a caracterizar litispendência.

41. Resta examinar, ainda, a preocupação que levou o relator originário a conceder a medida liminar e que também mereceu consideração por parte do parecer ofertado pelo *Parquet*. Cuida-se da questão relativa à decisão do

Conselho de Sentença, no julgamento do paciente Wilker Bruno ("Jaspion"), inicialmente denunciado como partícipe e, na segunda denúncia, tido por autor material. A dúvida consiste em saber se, com as respostas ao primeiro e ao terceiro quesitos, haveria impedimento a que este paciente respondesse pela autoria do delito nesta segunda acusação. Reproduzo os quesitos mencionados:

> 1º *Quesito*: No dia 12 de julho de 1.998 (...), terceira pessoa, utilizando-se de arma de fogo disparou contra *Wellington Leite de Andrade,* causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico de fls.
>
> *Resposta: Sim* (7x0)
>
> (...)
>
> 3º *Quesito*: O réu *Wilker Bruno Alves dos Santos* concorreu decisivamente para o crime, ao fornecer a arma a terceira pessoa, bem como prestou-lhe apoio e encorajamento para o cometimento do crime, acompanhando até o local com seu carro e auxiliando na fuga?
>
> *Resposta: Não* (5x2)

42. À primeira vista, a leitura dos quesitos transcritos poderia levar à interpretação de que os jurados teriam concluído, ao responderem afirmativamente ao primeiro quesito, que Wilker não seria o autor material dos disparos e que não teria concorrido de qualquer forma para o delito. Contudo, bem vistas as coisas, não é assim que sucede, e, mais uma vez, a resposta se encontra no específico procedimento do Júri.

43. Como de sereno conhecimento, o questionário é uma das partes mais sensíveis da instituição do Júri. Ele é um dos maiores responsáveis – senão o maior – pelas declarações de nulidades das decisões dos jurados. Sobre o tema, vale recordar a lição de **Rui Stoco**, ao advertir que, "diante do sistema aberto de quesitação permitido na lei processual penal em vigor, com a liberdade concedida ao juiz-presidente de redigir essas proposições sem qualquer parâmetro prévio ou assentamento na lei, (...) o questionário converteu-se em perigosa fonte de nulidades, tornando essa corte popular de justiça ineficiente para dar a resposta esperada pela sociedade e insuficiente para atender à finalidade buscada pelo Direito Positivo, de dar a cada um o que é seu no exato momento em que a sua atuação e eficácia exige-se efetiva." (In Tribunal do Júri e o Projeto de Reforma de 2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, Ano 9, p. 221/222 out./dez. 2001).

44. De fato, diante das inúmeras alternativas e variações factuais possíveis no âmbito dos crimes dolosos contra a vida – tentativas, concursos de agentes e outras variantes –, condensar tais variações em quesitos precisos é uma tarefa árdua e muitas vezes ingrata. O Código de Processo Penal, talvez pela própria impossibilidade material, não foi capaz de exaurir a solução do problema. Assim, em geral, a quesitação é moldada de acordo com as regras oriundas, em sua maior parte, da criação doutrinária e jurisprudencial.

45. No processo em exame, os quesitos apresentados pelo douto magistrado que presidiu o julgamento de Wilker não fugiram a essa regra. Na ocasião, foi proposta a quesitação "padrão" para os casos de participação, indagando-se, no

primeiro quesito, sobre a autoria (por meio da utilização do fraseado "terceira pessoa") e a materialidade (reportando-se às lesões descritas no laudo cadavérico).

46. Esse modelo, a princípio, não causaria maiores complicações se não fossem as outras particularidades do caso concreto. Uma delas é que, com o desmembramento do processo, o partícipe foi julgado antes do réu; ou seja, antes do próprio acusado da autoria material do crime. Tal circunstância – apesar de não expressamente vedada pelo CPP – não é recomendável, ao passo que os jurados são chamados a decidir sobre a conduta do acusado, que supostamente teria participado de um crime praticado por alguém ainda, em tese, desconhecido (lembre-se que, por estar pendente o julgamento, o autor material não foi definido). Sem maior esforço mental, é possível antever a probabilidade de decisões conflitantes, a decorrer de um tipo de desmembramento processual em que se dá primeiro o julgamento do acusado de participação e, somente depois, o do acusado pela autoria material.

47. Não é só isso. Segundo consta dos autos, o móvel da discussão entre os acusados e a vítima, que acabou assassinada, seria o acerto de contas do tráfico de entorpecentes, no qual estariam todos envolvidos. Disso decorreu a dificuldade da investigação na fase policial em apontar, de forma definitiva, a quem de fato coube a autoria material do homicídio, ou a participação nesse delito. As testemunhas, aparentemente amedrontadas (cf. Apenso III, p. 228v.), não acrescentaram muito, restando o acolhimento da primeira versão apresentada pelos próprios acusados, a qual terminou por embasar a denúncia, a pronúncia e o libelo. E foi sobre a veracidade dessa imputação específica, formulada num juízo instrutório prévio (*judicium accusationis*), que o Júri foi chamado a decidir.

48. É sob a ótica dessas singularidades que se deve apreciar a quesitação "padrão" para o partícipe, nos moldes em que formulada. E aqui é de se ponderar que, em casos como este, no qual o envolvimento de dois ou mais indivíduos e a variedade de elementos do fato a serem considerados podem causar confusão para os jurados, o que se recomenda é o desmembramento do fato principal em dois ou mais quesitos (art. 484, II, do CPP). Daí por que se faz oportuna a lição do pranteado mestre Bento de Faria, na matéria:

> Cumpre sejam constituídos por proposições distintas, de maneira que cada um não se refira a mais de um réu e que cada um não contenha mais de um ponto de acusação, ou mais de uma escusa, ou mais de uma justificativa, ou de uma condição elementar da justificativa. *João Mendes* – Proc. Crim. Brás., III, p. 76 e 77; *Pimenta Bueno* – Op. cit. (1ª ed.), n. 254).
>
> Assim, deve ser evitada a complexidade, isto é, a reunião em um mesmo quesito de fatos que, considerados isoladamente, possam dar lugar a respostas diferentes com consequências jurídicas diversas.
>
> (...)
>
> Não obstante, todas as vezes que o Presidente do Tribunal reconhecer que a questão, embora não complexa, pode produzir, pela multiplicidade dos seus elementos, qualquer confusão no espírito dos Juízes de fato, deve subdividi-la, formando com ela dois ou mais quesitos, a fim de que os mesmos juízes claramente

a compreendam e possam respondê-la satisfatoriamente. (O questionário do Júri, p. 57 a 58).

(...)

Não devem ser formulados quesitos sobre crime diverso do referido no libelo, quando o mesmo resultar evidenciado dos debates.

(...)

Fato principal – é o que constitui o objeto da acusação e o seu quesito deve ser redigido de acordo com o libelo, compreendendo todos os seus elementos integrantes.

O desmembramento do fato principal em dois ou mais quesitos, ainda observa *Moraes Junior* (Op. cit., n. 60), impõe-se nos seguintes casos, os mais frequentes:

(...)

b) – quando a lei penal faz da cooperação de dois ou mais indivíduos, em certos crimes, um elemento modificador da figura dos mesmos;

(...)

d) – todas as vezes que, para a constituição do crime objeto da acusação, entrar fato ou circunstância que, sendo negado ou afirmado, dê lugar a modificação da figura do mesmo crime;

(...)

g) – em geral, quando o Presidente entender que, dividindo o fato principal, evita a obscuridade e facilita a compreensão do Júri.

Quando a lei qualifica certos crimes, exigindo, como elemento fundamental, o concurso de dois ou mais indivíduos (concurso necessário), mister se torna, na organização do quesito sobre o fato principal, com relação a um dos acusados (em cada série), mencionar o fato da cooperação dos demais corréus, sem a declaração dos seus nomes, aos quais se fará referência mediante expressões anônimas.

(...)

Não pode, porém, o Júri nem modificar os termos da acusação para fazer surgir outro delito, nem dizer sobre fatos que não lhe foram questionados. [In *Código de Processo Penal*, vol. II, p. 192/198, Record Editora, 1960.]

49. Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho, *in expressis*: "às vezes a indagação sobre o fato principal cabe integralmente num só quesito. (...) Quando o Juiz-Presidente elabora o questionário a ser submetido aos jurados, a ordem a ser observada é aquela traçada no art. 484. O 1º quesito versa sobre o fato principal. Muitas vezes a indagação deste não pode ser feita num quesito único. Nesses casos, serão formulados tantos quantos necessários, para maior e melhor compreensão do Conselho de Sentença. Portanto, o inc. II do art. 484 cuida, também, do fato principal, completando-o. (...). Num homicídio simples, por exemplo, embora este seja o fato principal, não pode o Juiz indagar dos jurados se no dia tal, às tantas horas, em tal lugar, o réu matou a vítima. Quando da votação do questionário, os jurados respondem sim ou não à indagação do Juiz-Presidente. Pergunta-se, então: e se os jurados entenderem ter sido o réu quem feriu a vítima, mas a morte desta não foi ocasionada pelo ferimento? Como poderiam eles responder sim ou não àquela indagação? Daí a regra contida no inc. II do art. 484 permitindo a formulação de outro ou outros quesitos sobre

o fato principal, mesmo porque a morte, na hipótese, é uma circunstância que, embora integrando o fato principal, é dele separável".

50. Conjugando essas lições com as singularidades do caso, fica evidente o prejuízo causado quando se optou por não desmembrar o quesito sobre o fato principal, indagando-se acerca da autoria e da materialidade num mesmo quesito. É que a resposta afirmativa do primeiro quesito propiciou dúvida: tal resposta destinava-se à confirmação da autoria para "terceira pessoa", visava simplesmente à confirmação da materialidade do fato, ou o "sim" dos jurados abarcava ambas as indagações? Talvez justamente para simplificar o questionário e evitar dúvidas como essas, o projeto de reforma do Código de Processo Penal – especificamente o projeto de lei sobre o Tribunal do Júri, tramitando na Câmara dos Deputados com o número 4.203/01 – prevê a separação dos quesitos sobre autoria e materialidade, formulando apenas três perguntas básicas para obter a condenação ou a absolvição, sendo a primeira sobre a materialidade do fato, a segunda sobre a autoria ou participação e a terceira sobre a absolvição ou a condenação do acusado.

51. Enquanto eventuais alterações não ocorrem, cumpre ater-se ao que determina o Código de Processo Penal, que, em seu art. 484, I, estabelece que "o primeiro quesito versará sobre o fato principal, **de conformidade com o libelo**". Como a lei não contém palavras inúteis, essa parte final do dispositivo não deve ser desconsiderada. Ela reforça a ideia de que a decisão do Júri está adstrita ao que foi contido no libelo acusatório, como se viu da lição de Bento de Farias. E segundo o magistério de Frederico Marques, "no processo penal do júri, portanto, *a res judicium deducta* está consubstanciada na acusação contida no libelo. Sobre ela versará a decisão do tribunal do Júri, quer quando no veredicto os jurados proferem julgamento sobre o crime e a autoria, quer quando o presidente do Júri, na sentença, decide a respeito das sanções penais aplicáveis" (in *A instituição do Júri*, p. 105, 1997, Editora Bookseller). Pois é justamente essa análise dos jurados sobre a acusação contida no libelo que faz coisa julgada. Se se prefere, o alcance da coisa julgada provém dos motivos que levaram à decisão.

52. Como exposto, diante da inexistência de resposta conclusiva acerca da destinação do "sim" emanado dos jurados no primeiro quesito – autoria, ou materialidade, ou ambos –, não é possível afirmar de forma incontestável que os jurados concluíram que a "terceira pessoa", a que se referiu a quesitação, não seria sinônima de "alguém desconhecido", podendo, inclusive, ser o próprio acusado, na oportunidade julgado pela participação. Dito de outro modo, diante das peculiaridades do caso e do não desmembramento da quesitação sobre o fato principal, não se pode afirmar que o Júri afastou por completo a possibilidade de autoria material do homicídio por **Wilker**. Donde caber a observação de Walmiki Barbosa Lima, em seu "Manual do Júri", sobre o homicídio consumado em que tenha havido coparticipação. Diz o autor que, "se o júri negar o primeiro quesito, isto é, a materialidade do fato e a sua autoria por 'terceiro', nem por isso ficam prejudicados os demais, referentes ao copartícipe, pois **se o 'terceiro' não praticou o fato principal, pode o copartícipe ter sido o autor isolado do fato criminoso, pelo concurso prestado na execução. Do julgamento de um**

corréu, pelo Júri, não se pode inferir o do coautor, isso não apenas da sistemática estabelecida no art. 484 do CPP (voto do Ministro Thompson Flores, in *RTJ* 51/663), como também levando-se em conta que antes de tudo, o 'Júri fica vinculado à sentença de pronúncia e ao libelo' (Ministro Eloy da Rocha, in *RTJ* 51/665) e que o Júri tem liberdade de decidir em torno da matéria de fato como bem lhe apraz..." (Ministro Adalício Nogueira, in *RTJ* 46/228). (In: *Manual do Júri*, Aide Editora, 2. ed., p. 233, 1987.) (Sem destaques no original.)

53. Para enxotar qualquer dúvida que eventualmente persistisse quanto à inexistência de manifestação taxativa dos jurados no tocante à autoria material, oportuna a leitura da sentença proferida pelo juiz presidente. Nela, o nobre magistrado afirma, categoricamente, que "o douto Conselho de Sentença reconheceu por unanimidade de votos **a materialidade, letalidade e o nexo de causalidade**, ao votarem afirmativamente os dois primeiros quesitos, ao passo que aceitaram a primeira tese da defesa, **negativa de participação**, por cinco votos a dois, ao negarem o terceiro quesito" (fl. 288-Apenso 1). E veja-se que não houve nenhuma menção expressa à autoria material do delito.

54. Passo, por derradeiro, a examinar a formulação do terceiro quesito. E, mais uma vez, sirvo-me da lição de Tourinho Filho, para quem:

> Outro assunto que tem provocado dissensão na doutrina é o pertinente à formulação do quesito da participação, de que trata o art. 29 do CP. No nosso entender, mesmo que nos autos haja prova de que o réu concorreu deste ou daquele modo para o crime, deve o Juiz, além de formular quesito sobre a forma específica em que teria ocorrido a participação, formular outro, na forma genérica tratada no art. 29 do CP. Os jurados podem entender que o réu não participou da forma como prevista no primeiro quesito (sobre a participação), mas (...) de outra. Daí a necessidade de um segundo quesito: "O réu X contribuiu de qualquer modo para a prática do homicídio?" [In *Processo Penal*, vol. IV, p. 112, edição, Editora Saraiva.]

55. Ora, no caso, objeto de indagação foi exclusivamente se **Wilker** participara do evento criminoso da forma narrada no libelo acusatório. Portanto, o que os jurados por maioria afirmaram, e que não pode mais ser contestado, é que o acusado não participou da maneira descrita no libelo; quer dizer, não forneceu a arma para a execução do crime, auxiliando a fuga do criminoso. Se nada mais foi perguntado, nada mais é possível extrair dessa resposta, sob pena de se estar exercendo um juízo de adivinhação, com manifesta usurpação da competência do Júri.

56. Tal certeza não ocorreria se, no caso, tivesse havido um outro quesito – posterior à forma de participação específica – perguntando aos jurados se o acusado, por hipótese, participou "de qualquer modo para a prática do homicídio". Penso que uma nova resposta negativa sobre essa indagação traria sérias dificuldades de que uma nova acusação recaísse sobre **Wilker**. Todavia, como não houve a mencionada formulação de quesito geral, após a primeira indagação da participação efetiva, não há como dizer que os jurados exauriram qualquer tipo de envolvimento do acusado nos eventos criminosos.

57. Pois bem, ainda que assim não fosse, é preciso lembrar a excepcionalidade do caso, no qual era patente a dificuldade de se estabelecer previamente a real participação de cada acusado, no concurso de agentes. Nessas hipóteses, repito, **excepcionalíssimas**, não se deve perder de vista o interesse público. É o que não deixa de ensinar Antônio Scarance Fernandes, *in verbis*:

> "Admite-se acusação em casos de concurso de agentes sem completa especificação de cada conduta quando, pela complexidade do fato ou pela natureza do crime, isso não for possível. São hipóteses concretas em que há participação difusa ou multifária", ou em que os crimes são "de autoria coletiva", "societários", "multitudinários". Defrontam-se nesses casos dois interesses contrapostos: o da sociedade, que quer ver reprimidos tais crimes, de grande reflexo na vida da coletividade, como ocorre com os crimes econômicos, e o interesse do indivíduo, que tem o direito à imputação clara, precisa, determinada.
>
> A prevalência do interesse social sobre o individual, marcada pela excepcionalidade, pode ser aceita quando, apesar de todas as diligências realizadas, mostrou-se impossível obter elementos esclarecedores a respeito da participação de cada um dos agentes.
>
> (...)
>
> Em casos como o citado, é viável a preponderância do interesse público sobre o particular para o equilíbrio social. Cuida-se de hipótese excepcional, só justificada quando os dados colhidos na investigação forem insuficientes para uma descrição precisa da conduta dos acusados e essa deficiência for insuperável por novas diligências.

58. Deveras, não se pode perder de foco a situação dos autos, em que é incontroverso o envolvimento de ambos os pacientes nos eventos anteriores e posteriores ao homicídio. É dizer: um homicídio foi consumado e há indícios fortíssimos de que um dos dois acusados foi o autor e, o outro, partícipe. Resta aos jurados decidir o grau de comprometimento de ambos os agentes, bem como se eventual participação é ou não penalmente relevante. Agora, o que não se pode admitir é que o Supremo Tribunal Federal valide o procedimento de réus que, tirando proveito do complexo procedimento do Júri, adotam como estratégia, no caso de concurso de pessoas, confessar inicialmente uma conduta para depois invertê-la, em plenário, e, assim, provocar sua absolvição. Ficariam, dessa forma, em uma posição extremamente cômoda; senão, veja-se: a) réu libelado por autoria material e condenado por participação – a defesa alegará nulidade pela desconformidade entre a pronúncia-libelo e quesitação, já que foi pronunciado por uma conduta e condenado por outra; e b) réu absolvido da acusação de autoria (por assumir a participação nos eventos criminosos) – alegar-se-ia, como no caso, a ocorrência de coisa julgada.

59. Procedimentos desse tipo são intoleráveis, penso, e não podem ser respaldados por esta Casa Maior de Justiça, sob pena de se afastarem por completo os princípios da busca da verdade real e da justiça material.

60. Por todas essas razões, não enxergo nenhum constrangimento ilegal por efeito da nova denúncia, que, na realidade, nada mais faz do que devolver ao juízo constitucionalmente competente do Júri as teses sustentadas pelos próprios

acusados – que ainda não foram apreciadas –, para que, **agora de forma definitiva**, o Conselho de Sentença, **soberanamente**, decida sobre o envolvimento dos acusados no evento criminoso. No ponto, faço minhas as palavras da então titular do Tribunal do Júri de Brasília, hoje desembargadora Sandra de Santis, que, ao receber a segunda denúncia, afastou a preliminar de coisa julgada, asseverando (fl. 65):

> Tem razão o Ministério Público ao consignar que não ocorreu a formação da coisa julgada, pois diversas se mostram as causas de pedir. Portanto, a denúncia foi recebida por estarem presentes os requisitos legais, inexistindo qualquer óbice ao processo.

61. Meu voto, portanto, é pelo indeferimento do *habeas corpus*.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, a mim chamou atenção o parecer do procurador-geral da República e, por outro lado, a brilhante defesa. Vejo que os dois foram absolvidos com sentença transitada em julgado pelos mesmos fatos. Curiosamente, num determinado momento da sustentação, o ilustre advogado aludiu à perda de prazo contratual e parece-me que o Ministério Público não fez as oposições que deveria. Não é culpa do acusado ter havido desmembramento.

Vou pedir vista, com a vênia do ministro Carlos Britto.

EXTRATO DA ATA

HC 82.980/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Pacientes: Willame Santos Pereira ou Wilame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos. Impetrante: Cleber Lopes de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Carlos Britto, relator, indeferindo o pedido de *habeas corpus*, pediu vista dos autos o ministro Eros Grau. Impedido o ministro Marco Aurélio. Falou pelos pacientes o dr. Cleber Lopes de Oliveira. Primeira Turma, 9-11-2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Eros Grau, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução 278/2003.

Presidência do ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 14 de dezembro de 2004 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Faço um breve relato para facilitar a compreensão.

2. Willame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos foram denunciados como incursos, respectivamente, nas penas dos arts. 121, § 2º, I, e 121, § 2º, I, c/c o art. 29, todos do CP. Ao primeiro paciente foi imputada a autoria do delito e, ao segundo, a participação nele, por ter fornecido a arma do crime.

3. Os julgamentos ocorreram em datas distintas, por força do desmembramento. Em 1º-6-2000, Wilker foi absolvido da acusação de participação. Um ano depois, em 7-6-2001, o Júri também absolveu Willame da imputação de autoria do homicídio.

4. Em que pese o trânsito em julgado das sentenças absolutórias, o Ministério Público ofereceu nova denúncia, dessa feita invertendo as condutas: imputou a autoria a Wilker e a participação a Willame.

5. A defesa impetrou *habeas corpus*, sucessivamente, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e no Superior Tribunal de Justiça, alegando ofensa à coisa julgada, ocorrência de *bis in idem* e advertindo sobre a impossibilidade de revisão *pro societate*.

6. Denegadas as ordens, adveio esta impetração sob idênticos fundamentos.

7. O Ministério Público Federal é pela concessão do *writ*.

8. O julgamento foi iniciado na assentada de 9-11-2004. Após o voto do ministro Carlos Britto, indeferindo o *writ*, pedi vista dos autos e agora passo a votar.

9. O promotor de Justiça, ao oferecer a segunda denúncia, justificou-a à presidente do Tribunal do Júri:

> Cumpre ressaltar que, não obstante tenham sido os réus absolvidos pelo Egrégio Tribunal do Júri das imputações a eles atribuídas às fls..., restou constatado, no decorrer do julgamento do segundo réu, que os mesmos, visando furtarem-se da ação da justiça, inverteram suas respectivas participações no evento criminoso, assumindo cada qual, a conduta perpetrada pelo outro.
>
> Tendo em vista o exposto, e não se verificando, obviamente, a formação da coisa julgada, em virtude de não haver identidade de causa, que supõe o mesmo fato, nada impede seja recebida a presente denúncia. Considerando o estrito limite da ação delitiva que foi submetida a julgamento, claro está que os réus praticaram outra conduta que não aquela apreciada, não se configurando, pois, *bis in idem*. [Fl. 5 do apenso 2.]

10. Ademais, fez consignar na denúncia que "(...) Willame Santos Pereira, ao assumir a autoria do delito de homicídio afirmando haver sido o autor dos disparos, acusou-se falsamente".

11. Esse o quadro trazido a esta Corte.

12. O ministro relator proferiu substancioso voto, em que examinou, de forma percuciente, a instituição do Júri e os conceitos de autoria, coautoria e participação e suas conexões com o fato principal para, a final, concluir pela possibilidade do oferecimento da segunda denúncia, porquanto a coisa julgada não alcançou as condutas invertidas.

13. Nada obstante a sólida fundamentação desenvolvida, peço vênia para dela discordar.

14. Consoante observação de Hermínio Alberto Marques Porto[1], transcrita, aliás, no voto do relator, "(...) No encerramento do procedimento destinado à apuração judicial do crime com julgamento entregue à competência do Tribunal do Júri, as partes, em alegações finais orais, ao Conselho de Sentença encaminham seus argumentos, podendo a acusação replicar e a defesa então apresentar a tréplica (art. 473 (...)). Mas, se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura restritivamente nos limites da tréplica; tal inovação defensiva – que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgamento fixados – violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da acusação, advertir a defesa sobre a violação de princípios de processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação".

15. Assim, o que foi apurado na primeira fase – *iudicium accusationis* – é o que deveria ter sido examinado na segunda fase – *iudicium causae*.

16. Pois bem: o segundo denunciado confessou a autoria desde a fase policial até a sentença de pronúncia, somente modificando essa versão em plenário, ao atribuir a prática material do homicídio ao primeiro acusado, àquela altura já absolvido com sentença transitada em julgado. Decerto, inovou quando não podia e o Júri o absolveu, contrariando a prova dos autos.

17. O que o promotor de Justiça deveria fazer? Protestar em plenário contra a inovação defensiva, para depois apelar. Mas não o fez, quiçá para impedir a impunidade, tanto do primeiro réu, já amparado pela coisa julgada, quanto do segundo, absolvido da autoria, cuja sentença também deixou transitar em julgado, por preferir lançar mão de manobra estratégica para evitar, repita-se, a impunidade.

18. A meu ver, o intento do *Parquet* poderia ter sido alcançado, não fosse a resposta dada a dois quesitos no julgamento do primeiro réu, Wilker. Apesar de denunciado, pronunciado e libelado como partícipe, foi absolvido tanto da participação quanto da autoria. É o que se infere da seguinte passagem do parecer subscrito pelo então subprocurador-geral da República Cláudio Lemos Fonteles:

> Veja-se que ao decidir sobre a primeira acusação, o Tribunal do Júri assentou, **por unanimidade**, que **terceira pessoa, que não Wilker**, disparou contra a vítima (**resposta ao 1º quesito –** Apenso, sem numeração, mas com a marcação

---

[1] *Júri – Procedimento e aspectos do julgamento – Questionários*, 3. ed., p. 125/127, RT, 1982.

quesitos), e que **Wilker não participou na conduta desta terceira pessoa (resposta ao 3º quesito)**.

Então, se o Júri, **soberanamente, afastou a autoria e a participação de Wilker no evento**, pelas respostas dadas **ao 1º e 3º** quesitos, **nova pretensão punitiva** que se queira contra ele inaugurar, **viola frontalmente**, a conclusão do Júri como **anteriormente** disposta.

19. Ora, embora levado a julgamento para responder pela participação, mas desta absolvido, e também da autoria, sucedendo a coisa julgada em relação a ambas, qual a acusação possível numa segunda denúncia? Nenhuma! Aqui também o Ministério Público permaneceu inerte, quando deveria fazer constar protesto em ata para possibilitar o recurso cabível.

20. Concordo com o relator quando distingue autoria, coautoria e participação, concluindo que elas podem ser invertidas em relação ao fato principal. Todavia, havendo decisão transitada em julgado afastando a autoria e a participação quanto a um dos réus, não há margem para que ele seja novamente denunciado.

21. Cumpre observar que no precedente firmado no HC 64.158, por esta Corte – tantas vezes evocado neste processo para amparar a tese conducente à denegação do *writ* – *A* foi absolvido **somente** da autoria material do crime de homicídio; posteriormente, *B* confessou ser o autor, a mando de *A*. Diversamente do que ocorre na espécie, *A* estaria, sim, sujeito à nova denúncia, por participação, uma vez que deste fato não havia sido absolvido.

22. Ainda que se afigure possível a inversão de condutas após o trânsito em julgado da sentença absolutória, permito-me alertar para a ameaça à segurança jurídica que essa prática pode proporcionar. Com efeito, não logrando, a acusação, determinado objetivo, lança mão de outro, sabe-se lá até a título especulativo: se não é autor é partícipe; se não é partícipe é autor. Assim, a análise de cada caso deve ser feita com extrema cautela.

23. Na espécie, ou bem ou mal, os pacientes foram absolvidos e ostentam título judicial transitado em julgado. A incúria do Ministério Público não pode ser sanada em prejuízo deles, especialmente por não estar contemplada em nosso ordenamento jurídico a revisão criminal *pro societate*.

24. Assim, somente o réu Willame estaria sujeito a nova acusação por participação, uma vez que está amparado pela coisa julgada no que tange à autoria. Wilker, repita-se, absolvido da participação e da autoria, não poderia constar da segunda denúncia.

Ante o exposto, defiro o *writ,* parcialmente, para tornar nula a decisão que recebeu a denúncia contra Wilker, preservando-a quanto a Willame, por participação no crime de homicídio.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Ministro Sepúlveda, Vossa Excelência entendeu bem, como o ministro Cezar Peluso.

Os dois mudaram de posição diametralmente. O que era autor confesso passou a se autoatribuir a participação e o que era partícipe passou a se autoatribuir a autoria do crime. Eles foram absolvidos pelo Júri de acordo com sua confissão inicial, porém eles mudaram de posição sem que o novo Júri houvesse apreciado essa mudança de posição.

Em meu voto digo:

> Por todas essas razões, não enxergo nenhum constrangimento ilegal por efeito da nova denúncia [o Ministério Público fez uma nova denúncia] que, na realidade, nada mais faz do que devolver ao juízo constitucionalmente competente do Júri as teses sustentadas pelos próprios acusados – que ainda não foram apreciadas –, para que, **agora de forma definitiva**, o Conselho de Sentença, **soberanamente**, decida sobre o envolvimento dos acusados no evento criminoso. No ponto, faço minhas as palavras da então titular do Tribunal do Júri de Brasília, hoje desembargadora **Sandra de Santis**, que, ao receber a segunda denúncia, afastou a preliminar de coisa julgada, asseverando (fl. 65):
>
> > Tem razão o Ministério Público ao consignar que não ocorreu a formação da coisa julgada, pois diversas se mostram as causas de pedir. Portanto, a denúncia foi recebida por estarem presentes os requisitos legais, inexistindo qualquer óbice ao processo.

O meu voto foi pelo indeferimento do *habeas* a despeito da contradita tão bem formulada pelo eminente ministro Eros Graus.

DEBATE

O sr. ministro Eros Grau: Ministro Carlos Britto, eu diria que a confissão, seguramente, não é a rainha das provas. O acusado pode sustentar quantas teses desejar. Cabe à acusação o ônus da prova. Mas isso não me impressiona. O que me impressiona é que, ao decidir sobre a primeira acusação, o Tribunal assentou, por unanimidade, que terceira pessoa, que não era Wilker nem Willame...

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Terceira pessoa?

O sr. ministro Eros Grau: Nem um nem outro.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence (presidente): Mas os Júris foram separados?

O sr. ministro Eros Grau: Os Júris foram separados.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence (presidente): Essa terceira pessoa não seria, exatamente, o corréu?

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Exatamente.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence (presidente): Na praxe do Júri é comum. Evita-se, no questionário relativo a um acusado, sobretudo em Júris diversos, mencionar o nome do outro.

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Perfeito. Foi como eu interpretei também.

O sr. ministro Eros Grau: Mas, de qualquer modo, ainda que essa terceira pessoa, na verdade, fosse uma segunda, ou seja, Willame, o que disse o Tribunal do Júri? Por unanimidade, respondeu aos quesitos dizendo que Wilker não foi quem matou (1º quesito) e que Wilker não participou da conduta desta terceira ou segunda pessoa (3º quesito).

Isso fez coisa julgada. Já no outro Júri, do Willame, o que fez coisa julgada única e exclusivamente foi o fato de que ele não era o autor.

Fica em aberto, eventualmente, a partir dessa verificação, dessa mudança de posição, que se processe esse Willame não por autoria, porque disso já foi absolvido, mas por participação.

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Presidente, o que disse a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> *In casu*, ao final dos julgamentos absolutórios do Tribunal do Júri, comprovou-se que a situação fática em relação aos denunciados era diferente. [Era até mais do que isso] Não só isso, era inversa, inobstante o evento morte (qualificador da conduta homicida) permanecer o mesmo. Porque há a curial distinção entre a figura da participação e o da autoria na condução delitual, inclusive a fim de resultados retributivos variados, é lógico inferir que a mudança no concurso dos agentes não interfere na segurança do caso julgado, pois os fatos a eles atribuídos são novos e independentes, inexistindo ferimento à coisa julgada.

Foi em que me louvei para montar o meu voto.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence (presidente): Pensando alto, o que eu me indago é se a modalidade de atuação demarcada na pronúncia não se torna definitiva em relação àquele mesmo episódio histórico? Se é possível depois da pronúncia esta variação?

O sr. ministro Carlos Britto (relator): Vossa Excelência está suscitando um tema muito interessante, porque permaneceram inalterados os termos da pronúncia.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence (presidente): Antes da sentença de pronúncia pode incidir o art. 384, a *mutatio libelli* por fato superveniente. Agora, depois de demarcada na pronúncia, porque deva cada um dos réus responder perante o Júri, ainda é possível alterar esta?

O sr. ministro Carlos Britto (relator): É muito interessante. Pensou alto muito bem.

EXTRATO DA ATA

HC 82.980/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Pacientes: Willame Santos Pereira ou Wilame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos. Impetrante: Cleber Lopes de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do ministro Eros Grau. Primeira Turma, 15-2-2005.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, após o voto do ministro Eros Grau deferindo, em parte, o pedido de Wilker Bruno Alves dos Santos e indeferindo o de Willame Santos Pereira ou Wilame Santos Pereira, pediu vista dos autos o ministro Cezar Peluso. Impedido o ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 12-4-2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Cezar Peluso, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução 278/2003. Primeira Turma, 17-5-2005.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-geral da República, dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília, 31 de maio de 2005 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Willame Santos Pereira* e *Wilker Bruno Alves dos Santos*, absolvidos inicialmente em ação penal que visava a apurar-lhes violação ao art. 121, § 2º, I, c/c o art. 29 do Código Penal.

Foram primeiro denunciados perante o Tribunal do Júri, em Brasília, com imputação, a *Willame*, da autoria dos disparos que resultaram na morte da vítima, constando da denúncia que *Wilker* concorrera para o crime mediante conduta consistente em emprestar-lhe a arma.

Desmembrados os julgamentos, *Wilker* foi julgado e absolvido por negativa de participação, com sentença transitada em julgado.

No julgamento de *Willame*, este negou a autoria, confessa desde a fase policial, imputando a *Wilker* a efetivação dos disparos. Tal decisão também transitou em julgado.

O Ministério Público, então, ofereceu denúncia pelos mesmos fatos, alegando, nos termos de cota transcrita pelo impetrante: "(...) Cumpre ressaltar que, nada obstante tenham sido os réus absolvidos pelo Egrégio tribunal às fls. 2/4, restou constatado, no decorrer do julgamento do segundo réu, que os mesmos, visando furtarem-se da ação da justiça, inverteram suas respectivas participações no evento criminoso, assumindo cada qual, a conduta perpetrada pelo outro (...)" (fl. 6).

Sob tal argumento, não implicaria esta nova denúncia *bis in idem*.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi a ordem denegada, tendo igual destino pedido formulado ao Superior Tribunal de Justiça.

Agora, requer o impetrante o trancamento da ação penal, por ofensa à coisa julgada, dada caracterização de *bis in idem*.

A liminar foi concedida pelo eminente relator, para sobrestar o feito (Proc. n. 2001.01.1.077109-8 do Tribunal do Júri de Brasília) até o julgamento definitivo desta causa (fl. 25).

O Ministério Público manifestou-se pelo deferimento do pedido (fls. 44-49).

Na sessão do dia 9 de novembro de 2004, o ministro relator, *Carlos Ayres Britto*, votou pelo indeferimento da ordem, em primorosa análise dos institutos da coisa julgada e da soberania do Júri. Extrai-se-lhe do voto:

> 34. Destarte, o que os jurados analisarão é essa probabilidade de autoria. Noutros termos, verificarão se, de acordo com que foi preliminarmente apurado, confirmar-se-á que "X", com o auxílio de "Y", praticara o crime cuja existência não se contesta. Tal pronunciamento, pelas peculiaridades do Júri, não se confunde, portanto, com uma manifestação dos jurados quanto à tese diversa. Dito de outro modo, não se pode afirmar que o Conselho de Sentença, ao apreciar a primeira questão, automaticamente refutou hipótese diversa no sentido de que "Y" praticara o crime com o auxílio de "X". É que os indícios trazidos na instrução feita na formação da culpa deverão ser confirmados na instrução definitiva a ser feita em plenário. Donde não se pode dizer que o quadro fático trazido pela pronúncia é definitivo.
>
> 35. No caso, tal conclusão fica ainda mais evidente, na medida em que a defesa, como dito, deixou de requerer quesito específico sobre a tese levantada em plenário, como também abriu mão de outros meios de prova, ao dispensar as testemunhas. Ao proceder dessa maneira, patente que ela, defesa, deixou a questão limitada ao que foi apurado na fase do *judicium accusationis*, sendo esta a única questão de fato analisada.
>
> 36. Ante este panorama fático-jurídico, penso que a solução está em entender que a defesa em plenário deve se ater às teses já sustentadas até o momento da formação da culpa. Quando muito, poder-se-ia admitir que fosse feita quesitação específica sobre a aludida tese. Se assim não se proceder, deve-se interpretar que a defesa assume o risco de ter invocado a inédita teoria, que, se disser respeito a uma nova conduta por parte do réu – diversa da constante da pronúncia, mas ainda no âmbito da competência do Júri –, não impede que uma nova acusação, e agora definitiva, seja oferecida. Desse modo, de uma só vez, garante-se o exercício da plena defesa do acusado, como também impede-se que haja surpresa para a acusação, com afronta ao contraditório.
>
> (...)
>
> 39. Por essa mesma razão, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, porquanto, como pontuado, essa nova acusação não sofreu o crivo do Conselho de Sentença, que só se manifestou sobre a conduta inicialmente confessada, pela qual o acusado foi pronunciado e libelado. Esta, sim, encontra-se sepultada, totalmente coberta que está pelo manto da coisa julgada. É dizer: passou em julgado aquilo que foi apreciado e discutido pelo Conselho de Sentença. Ou, ainda, falando a

> respeito do caso concreto, não mais se discute a soberania dos veredictos já proclamados, no sentido de que "Talhado" não foi o autor material do crime e "Jaspion" não participou, fornecendo a arma ao autor material. Agora, é inegável que se encontra pendente de apreciação por parte dos jurados a nova tese levantada pela defesa quanto à autoria material por parte de "Jaspion", que, a seu turno, teria agido com a participação de "Talhado". Destarte, se, em face das peculiaridades do rito do Júri, não houve pronunciamento do Conselho de Sentença sobre essa questão específica, não há que se falar em afronta à soberania dos veredictos, muito menos em ofensa à coisa julgada.

Também realizou minuciosa crítica dos quesitos adotados por ocasião dos dois julgamentos. E concluiu:

> 52. Como exposto, diante da inexistência de resposta conclusiva acerca da destinação do "sim" emanado dos jurados no primeiro quesito – autoria ou materialidade ou ambos –, não é possível afirmar de forma incontestável que os jurados concluíram que a "terceira pessoa", a que se referiu a quesitação, não seria sinônimo de "alguém desconhecido", podendo, inclusive, ser o próprio acusado, na oportunidade julgado pela participação. Dito de outro modo, diante das peculiaridades do caso e do não desmembramento da quesitação sobre o fato principal, não se pode afirmar que o Júri afastou por completo a possibilidade de autoria material do homicídio por **Wilker** (...)

Na mesma sessão, pediu vista o ministro *Eros Grau*, que, em 12 de abril de 2005, deferiu parcialmente o *writ*, para anular a decisão que recebeu a denúncia contra *Wilker*, mantendo-a por participação no crime de homicídio contra *Willame*, nestes termos:

> 21. Ainda que se afigure possível a inversão de condutas após o trânsito em julgado da sentença absolutória, permito-me alertar para a ameaça à segurança jurídica que essa prática pode proporcionar. Com efeito, não logrando, a acusação, determinado objetivo, lança mão de outro, sabe-se lá até a título especulativo: se não é autor é partícipe; se não é partícipe é autor. Assim, a análise de cada caso deve ser feita com extrema cautela.
>
> 22. Na espécie, ou bem ou mal, os pacientes foram absolvidos e ostentam título judicial transitado em julgado. A incúria do Ministério Público não pode ser sanada em prejuízo deles, especialmente por não estar contemplada em nosso ordenamento jurídico *pro societate*.
>
> 23. Assim, somente o réu Willame estaria sujeito a nova acusação por participação, uma vez que está amparado pela coisa julgada no que tange à autoria. Wilker, repita-se, absolvido da participação e da autoria, não poderia constar da segunda denúncia.
>
> Pedi vista.
>
> 2. Acompanho o relator.

É que, do exame dos quesitos formulados nos dois julgamentos, como bem o percebeu o eminente relator, se tira que a manifestação do Júri ficou adstrita aos fatos narrados na denúncia e na pronúncia. Não houve sequer elaboração de

quesitos específicos sobre as teses da defesa, o que, aliás, poderia implicar nulidade, se o vício tivesse sido alegado oportunamente.

Isso significa, conforme amplamente sustentado nos votos até aqui proferidos, que não se descobre nenhum risco de ofensa à soberania do Júri, nem à coisa julgada, pois os fundamentos da defesa não foram abrangidos pela coisa julgada material.

É que esta só alcança o comando pronunciado pelo juiz (*decisum*). Se é certo que os motivos e a estrutura da atividade lógica de fundamentação (*iudicium*) contribuem para a inteligência do comando decisório, não estão esses cobertos pela eficácia daquela. Nesse sentido, a velha lição de *Liebman*, em tema dos limites objetivos da coisa julgada[2]:

> Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar, é o resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é, pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que por isso se altere o âmbito em que opera a coisa julgada. **E para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença**; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. **Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo**.

Dessa forma, deve-se levar em conta apenas que a acusação foi explícita ao atribuir a *Willame* a autoria do homicídio, e a *Wilker*, a participação. Sobre ambas estas condutas é que versaram os julgamentos. As teses da defesa foram apreciadas apenas sob tal prisma, não se tendo manifestado os jurados, por razões óbvias, sobre as novas imputações, nas quais *Willame* figura como partícipe, por ter fornecido a arma usada no crime, e *Wilker* como autor dos disparos, diversamente do que sustenta o impetrante.

Daí, não há tampouco excogitar ofensa alguma ao princípio da proibição do *bis in idem*, consagrado no Pacto de São José. Tal proibição diz respeito à vedação de repetição da causa. Sobre tal alcance, observa a doutrina:

---

[2] *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945, de Ada Pellegrini Grinover, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 62-63. Grifos nossos.

> Para se evitar que uma pessoa seja processada uma segunda vez pelos "mesmos fatos", nosso Código de Processo Penal (arts. 95, V, e 110) prevê a denominada *exceção de coisa julgada*, que somente pode ser invocada regularmente quando há *repetição da mesma causa*. A mesma causa se repete quando são idênticos *o pedido, as partes e a causa de pedir*, observando-se que "*causa petendi*" no processo penal refere-se aos fatos narrados (e, no caso, já julgados). Aliás, o que vale é o fato principal que foi objeto da sentença precedente (CPP, art. 110, § 2º).[3]

Por fim, importante ressaltar, como lembrou o relator, que esta Corte já se pronunciou sobre caso idêntico, no julgamento do **HC 64.158** (rel. min. **Rafael Mayer**, *DJ* de 19-12-1986):

> Homicídio. Autoria. Decisão absolutória do Júri. Instauração de nova ação penal. Diversidade do fato. Inocorrencia de coisa julgada. Art. 110, § 2º, do CPP. A absolvição, pelo Júri, da imputação de autoria material do crime de homicídio, não faz coisa julgada impeditiva de o paciente responder em nova ação penal como participante, por autoria intelectual, do mesmo crime cuja autoria material e imputada a outrem. *Habeas corpus* denegado.

Do exposto, por entender que não houve pronunciamento do Tribunal do Júri sobre as condutas agora imputadas aos pacientes e que não há falar em ofensa à coisa julgada, pois as novas acusações refletem circunstâncias fáticas diversas daquelas que delimitaram o pedido anterior, acompanho o relator, denegando a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 82.980/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Pacientes: Willame Santos Pereira ou Wilame Santos Pereira e Wilker Bruno Alves dos Santos. Impetrante: Cleber Lopes de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o ministro Eros Grau. Impedido o ministro Marco Aurélio. Não participaram, justificadamente, deste julgamento os ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o ministro Menezes Direito.

Presidência do ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o ministro Menezes Direito. Compareceu o ministro Cezar Peluso, a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira da ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-geral da República, dra. Ela Wiecko.

Brasília, 17 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

---

[3] GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 246.

HABEAS CORPUS 93.876 — RJ

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Pacientes: João Marcos Campos Henriques ou João Marcos Henriques, Fernando Celso Gonçalves Hermida ou Fernando Celso Hermida — Impetrantes: Lydio da Hora Santos e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. Penal. *Habeas corpus*. Porte de munição de uso restrito. Art. 16 da Lei 10.826/2003. Perícia para a comprovação do potencial lesivo da munição. Desnecessidade. Sigilo telefônico juntado aos autos após audiência de instrução e julgamento. Alegação de nulidade que não pode ser examinada sob pena de supressão de instância. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Possibilidade. Decisão adequadamente fundamentada. Impetração conhecida em parte e denegada a ordem nessa extensão.

I – A objetividade jurídica dos delitos previstos na Lei 10.826/2003 transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia.

II – Despicienda a ausência ou nulidade do laudo pericial da arma ou da munição para a aferição da materialidade do delito.

III – A questão da nulidade decorrente do fato de o procedimento de quebra de sigilo telefônico ter sido juntado aos autos após a audiência de instrução e julgamento não pode ser conhecida, sob pena de indevida supressão de instância com o desbordamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

IV – No caso, o magistrado, ao fixar a pena-base dos pacientes, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, especialmente a grande quantidade de substância entorpecente e a qualidade de mentores intelectuais ostentada pelos pacientes, o que justifica a fixação do *quantum* da pena acima do mínimo legal.

V – *Writ* conhecido em parte, denegando-se a ordem na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Carlos Ayres

Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus,* nos termos do voto do relator.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Lydio da Hora Santos e outros, em favor de *João Marcos Campos Henriques* e *Fernando Celso Gonçalves Hermida*, contra decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 58.594, rel. min. Laurita Vaz.

Esta a ementa do julgado (fls. 288-289 do apenso):

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes e porte ilegal de munição de uso restrito. Inobservância do art. 31 da Lei n. 10.409/02. Matéria não examinada pelo tribunal a quo. Supressão de instância. Materialidade. Ausência de laudo pericial sobre a potencialidade lesiva das munições. Irrelevância. Aplicação da pena. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais devidamente valoradas. Ilegalidade não demonstrada. Art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76. Abolitio criminis. Matéria já decidida em outro writ.

1. A tese relativa à nulidade decorrente da suposta inobservância do art. 31, parágrafo único, da Lei n. 10.409/02, não foi objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*, razão pela qual não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância.

2. O crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 é um tipo penal alternativo – prevê quatorze condutas diferentes – e classifica-se como de mera conduta e de perigo abstrato.

3. O legislador ao criminalizar o porte clandestino de armas e munições preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou o porte de armas de fogo ou de munições, à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros.

Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.

4. A configuração do delito de porte ilegal de munição de uso restrito prescinde da realização de exame pericial para aferir a potencialidade lesiva da munição, mormente quando evidenciada a existência do crime por outros elementos de prova, na medida em que se trata de crime de mera conduta, que não exige, assim, a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para a sua consumação.

5. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

6. É correto o recrudescimento da pena daquele que é o articulador do crime, o líder, o mentor da empreitada criminosa, pelo fato de merecer maior reprovação a sua conduta. Precedente.

7. No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei n. 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito

de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes.

8. O fato de haver condenação definitiva por crime anterior, ainda que reabilitado o condenado, possibilita a sua consideração como circunstância judicial negativa, de modo a justificar a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedente do STJ.

9. Ao julgar o HC 67.493/RJ, de minha relatoria, a Quinta Turma desta Corte concedeu a ordem aos Pacientes, para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, esvaziando o objeto desse pedido.

10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

Narram os impetrantes, em suma, que os pacientes foram presos em flagrante. Na sequência, o primeiro foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei 6.368/1976, à pena de seis anos e oito meses de reclusão e oitenta dias-multa, em regime fechado, e também no art. 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, à pena de quatro anos de reclusão e quarenta e oito dias-multa, em regime inicial fechado.

Já o segundo, incurso nos mesmos delitos, foi condenado às penas de oito anos de reclusão e noventa e seis dias-multa, em regime integralmente fechado, e mais cinco anos de reclusão e sessenta dias-multa, em regime inicialmente fechado, respectivamente.

Aduzem que, dessa decisão, interpuseram apelação, recurso especial e extraordinário, os dois últimos ainda pendentes de julgamento.

O inconformismo dos pacientes, em suma, está centrado nos seguintes tópicos (fl. 9):

i) violação do art. 158 do Código de Processo Penal, uma vez que não foi realizado laudo pericial das munições apreendidas que atestasse a sua potencialidade lesiva;

ii) inobservância do disposto no art. 31, parágrafo único, da Lei 10.409/2002, em decorrência de juntada de documento relativo à quebra de sigilo telefônico fora do prazo legal, no caso, após a realização da audiência de instrução e julgamento;

iii) contrariedade aos critérios definidos no art. 59 do Código Penal, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal, de forma exagerada.

Pleiteiam, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade do delito descrito no art. 16 da Lei 10.826/2003, pela ausência de laudo pericial, bem a anulação do julgado, em face do "cerceamento de defesa decorrente da juntada de procedimento sigiloso em data posterior à audiência de instrução e julgamento" e, ainda, em razão da "ausência de fundamentação idônea no que concerne ao critério utilizado para a elevação da pena-base acima do mínimo legal" (fls. 19-20).

Às fls. 37-43, o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do subprocurador-geral da República Mário José Gisi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de conhecimento em parte e de denegação da ordem na parte conhecida.

Quanto ao primeiro ponto, entendo irrepreensível a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, conforme já me pronunciei a respeito, a Lei 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo, foi promulgada com o objetivo de disciplinar a venda de armas e munições em território nacional, bem como de regulamentar os registros e portes das armas que estão em posse de cidadãos comuns. Em outras palavras, a lei visa, em última análise, a garantir a segurança da coletividade.

Por essa razão, a objetividade jurídica dos delitos nela tipificados transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia.

Mostra-se, pois, irrelevante indagar-se acerca da eficácia da arma ou das munições para a configuração do tipo penal em comento, sendo, assim, despicienda, do ponto de vista jurídico, a ausência ou nulidade do laudo pericial.

Configurado, está, portanto, o crime previsto no *caput* do art. 16 da Lei 10.826/2003, uma vez que a materialidade delitiva foi atestada por outros meios de prova.

Com relação à nulidade decorrente do fato de ter sido o procedimento de quebra de sigilo telefônico juntado aos autos após a audiência de instrução e julgamento, entendo, assim com o fez o STJ, que essa questão não pode ser conhecida.

Isso porque a matéria não foi apreciada nas instâncias inferiores. O seu exame, aqui, significaria indevida supressão de instância, com o desbordamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

Ademais, segundo aponta o parecer ministerial, a nulidade não foi suscitada quando do oferecimento das alegações finais pela defesa, o que é facilmente constatável às fls. 126-163 do apenso. E, como é cediço, as nulidades ocorridas na fase instrutória devem ser arguidas nas alegações finais, sob pena de preclusão.

Por fim, extraio da sentença (fls. 164-211 do Apenso) que o magistrado, ao fixar a pena-base dos pacientes, observou fundamentadamente as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, o que justifica a fixação do *quantum* da pena acima do mínimo legal.

Com efeito, o sentenciante valeu-se da grande quantidade de substância entorpecente apreendida, bem como do fato de os pacientes serem os mentores intelectuais e controladores da ação delitiva, motivo pelo qual fixou a reprimenda em patamar superior.

Transcrevo abaixo o trecho da sentença no que interessa quanto à dosimetria (fls. 184 e 185 do Apenso):

Com relação a *Fernando Celso Gonçalves Hermida,* constou que

> Quanto às consequências do crime, ou seja, a repercussão social causada pelo perigo de lesão a incolumidade pública, ante a grande quantidade de substância entorpecente apreendida, deve pesar desfavoravelmente ocasionando uma maior agravação da reprimenda penal.
>
> (...)
>
> Quanto às circunstâncias, observo que o acusado na qualidade de batedor do veículo que transportava entorpecente e as munições apreendidas por no mínimo dois Estados da Federação, em quantidade considerável, era o mentor intelectual e detinha o controle final da ação, sendo inclusive considerado o receptor na cidade do Rio de Janeiro das mercadorias ilegais, fato que também determina uma maior apenação.
>
> Desta forma, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e sua pena pecuniária cumulativa em 72 (setenta e dois) dias-multa.

E, no tocante a *João Marcos Campos Henriques,* restou assentado o seguinte:

> Quanto às consequências do crime, ou seja, a repercussão social causada pelo perigo de lesão a incolumidade pública, ante a grande quantidade de substância entorpecente apreendida, deve pesar desfavoravelmente ocasionando uma maior agravação da reprimenda penal.
>
> (...)
>
> Quanto aos motivos, à conduta social e à personalidade, estes podem pesar desfavoravelmente ao acusado, pois conforme já exaustivamente narrado na fundamentação da sentença às fls. 14 o mesmo demonstrou que apesar de ter sido reabilitado criminalmente (fls. 387/389), não reconciliou-se com os padrões normais de comportamento do homem-médio, eis que voltou a delinquir, demonstrando seu potencial para a prática de ilícitos penais, o que por via de consequência acarreta no reconhecimento da necessidade de maior apenação.
>
> (...)
>
> Quanto às circunstâncias, observo que o acusado na qualidade de batedor do veículo que transportava entorpecente e as munições apreendidas por no mínimo dois Estados da Federação, em quantidade considerável, fato que também determina uma maior apenação (sic).
>
> Desta forma, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e sua pena pecuniária cumulativa em 60 (sessenta) dias-multa.

A seguir o juiz ponderou, em ambos os casos, as causas especiais de aumento e diminuição da pena.

Desse modo, entendo irrepreensível a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a possibilidade de que a quantidade de entorpecente

transportada e o grau de responsabilidade de cada um dos pacientes na operação criminosa possam ser considerados para o fim de recrudescimento da pena-base.

Como bem ressalta Guilherme Nucci, não há como entender a razão pela qual se generalizou a aplicação da pena mínima aos acusados, visto que, com isso, desprezam-se "os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu". E acrescenta: "A padronização da pena é injusta e contrária ao princípio constitucional da individualização."

Isso posto, conheço em parte do *writ*, denegando a ordem na parte conhecida.

VOTO

O sr. ministro Menezes Direito: Eu tenho duas observações que gostaria de fazer. A primeira é que estou verificando que são dois crimes: o crime de tráfico de entorpecentes e o de porte ilegal de munição de uso restrito.

Com relação à perícia, ela se refere, basicamente, ao porte ilegal de munição de uso restrito. A jurisprudência do STF está estratificada com relação a um outro tipo de crime e não a esse. O eminente advogado fez referência a um precedente de que foi relator o ministro **Marco Aurélio**, que, com relação a esse tipo de crime, a Suprema Corte teria indicado a existência da necessidade da perícia. Eu não conheço o precedente referido da tribuna, mas seria prudente que o examinássemos para verificar a aplicabilidade exata ao caso sob julgamento.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Quanto ao porte ilegal de munição?

O sr. ministro Menezes Direito: De munição.

O segundo aspecto é que há um fundamento no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que diz com os antecedentes. Ou seja, além daquelas causas específicas apontadas para o recrudescimento da pena, também o STJ, no item 8, indica que houve criminalização anterior. E esse também seria um fundamento para que houvesse o agravamento da pena.

Ora, esse aspecto, se é que ele tem peso, que o eminente relator, no seu voto, está considerando, está hoje submetido, se não me falha a memória, ao Pleno da Corte. E, evidentemente, nós não podemos adentrar no julgamento, se é que esse aspecto tem relevância.

Ou seja, a minha dificuldade é com relação ao primeiro aspecto, porque há indicação de um precedente e nós devemos, pelo menos, respeitar os precedentes que foram votados. E, realmente, os nossos precedentes, com relação a essa perícia, dizem respeito a um outro tipo de crime, e não o de porte ilegal de munição restrita.

No segundo aspecto, é saber se, efetivamente, esse recrudescimento se deve à existência de criminalização anterior, porque, se se deve, aí nós estaremos prestigiando, ou dando prevalência aos antecedentes, e essa matéria está

subordinada ao Pleno da Suprema Corte. Nós não poderíamos, então, considerar para efeito do recrudescimento.

São essas duas observações. Se não são procedentes, eu não hesito em acompanhar o eminente ministro **Ricardo Lewandowski** no voto que acabou de proferir com tanto cuidado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Pelo esclarecimento, Vossa Excelência percebeu, certamente, e os eminentes pares também, que apliquei, por analogia, aquele entendimento que fixamos nesta Turma de que, quando o potencial lesivo, seja da arma ou seja da munição, possa ser apreendido dos autos por outros meios de prova, então, é possível prescindir da perícia. Foi exatamente o que assentei no caso. Quer dizer, houve apreensão de farta munição de uso proibido, isso foi atestado nos autos e, seguindo o entendimento perfilhado por esta Corte, no que diz respeito ao porte ilegal de arma, eu, inclusive fazendo aqui uma...

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Foi uma aplicação analógica. Mas é exatamente isso que é posto em causa pelo ministro Direito.

O sr. ministro Menezes Direito: A minha dúvida, ministro **Ricardo Lewandowski**, é exatamente isso. Eu não hesitaria, como eu disse; não hesito em acompanhá-lo. A minha preocupação foi a indicação de um precedente. Se há esse precedente, nós temos de examiná-lo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Só para terminar a minha explicação – se Vossa Excelência me permitir.

O sr. ministro Menezes Direito: Claro.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu fiquei também preocupado com a questão dos antecedentes, porque, obviamente, eu sei, até porque sou o relator da questão dos antecedentes, se estes podem ou não ser considerados quando não transitados em julgado. Ou seja, se podem ser considerados no agravamento da pena ou não. Fui direto aqui à sentença e verifiquei que o juiz não considerou os antecedentes. Vejam, senhores ministros e senhora ministra, que interessante: com relação a um dos pacientes, Fernando Celso Gonçalves Hermida, diz a sentença no apenso o seguinte:

> Quanto aos antecedentes criminais, o acusado possui folha de antecedentes criminais com diversas anotações, sendo certo que algumas sem conclusividade, o que ante o princípio constitucional do estado de inocência ou de desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5º, inc. LVII da CF/88, também garantidos pelo pacto internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/92, art. 14, 2) e pela Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos (Decreto n. 678/92, art. 8º, 2, primeira parte), nada representam, fazendo prevalecer à presunção de ser o mesmo primário e de bons antecedentes, muito embora, alguns juristas advogam a tese da existência de maus antecedentes.

Com relação ao outro paciente, também, João Marques Henriques – são vários os réus aqui –, diz o juiz:

> Quanto aos antecedentes criminais, o acusado possui folha de antecedentes criminais sem anotações (...)

Então, diz aqui:

> Faço prevalecer a presunção de ser o mesmo primário e de bons antecedentes, considerando a reabilitação contida nos autos.

O sr. ministro Menezes Direito: Ministro, a minha preocupação é exatamente essa que Vossa Excelência está dizendo. A sentença foi substituída pelo acórdão do STJ, e o Superior Tribunal de Justiça, expressamente, considerou esse aspecto. Então, nós podemos até desconsiderar esse aspecto, mas nós temos de fazer essa ressalva, porque o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, expressamente, relevou essa circunstância.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Do inciso III.

O sr. ministro Menezes Direito: Exatamente isso.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Mas que não foi considerado pelo magistrado.

O sr. ministro Menezes Direito: Mas foi considerado pelo STJ.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Conforme Vossas Excelências verificaram, pincei da sentença longos trechos que faziam alusão à quantidade de armas, ao fato de serem mentores intelectuais, de serem grandes receptadores, de ser considerável a quantidade de munição apreendida. E o juiz – eu me preocupei especialmente com isso – afastou, não considerou os antecedentes na dosimetria da pena, apenas esses outros fatores aos quais fiz referência. Eu creio até, que, talvez, o STJ tenha laborado em equívoco quando fez menção a isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E o Tribunal de Justiça, ministro, será que não teria sido ele que havia incluído alguma coisa?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Quanto ao Tribunal de Justiça, não tenho isso de cabeça.

O sr. ministro Menezes Direito: Eu só não me preocupei com o Tribunal de Justiça por causa do Superior Tribunal de Justiça.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque o ato coator é o STJ.

O sr. ministro Menezes Direito: É o STJ.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É só por isso. Isso não muda muito.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Mas o STJ confirmou, na verdade, a dosimetria e confirmou a pena.

O sr. ministro Menezes Direito: Mas por esse fundamento.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Com esse argumento, também.

O sr. ministro Menezes Direito: Nós temos de afastar esse argumento. Esse fundamento está subordinado ao Pleno.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Talvez seja o caso de ressalvar.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Deixamos a ressalva assentada explicitamente.

O sr. ministro Menezes Direito: A não ser que o acórdão, como disse a ministra **Cármen Lúcia** que...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Perdão, se Vossa Excelência me permite, eminente ministro Menezes Direito.

O sr. ministro Menezes Direito: Claro.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Da ementa do STJ se verifica que também ele considerou outros fundamentos:

> 5. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 (...).
>
> 6. É correto o recrudescimento da pena daquele que é o articulador do crime, o líder, o mentor da empreitada criminosa, pelo fato de merecer maior reprovação de sua conduta.
>
> 7. No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei n. 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito (...)

Então, na verdade, o STJ também sufragou esse fundamento do juiz de primeiro grau. Apenas inseriu, no item 8:

> 8. O fato de haver consideração definitiva por crime anterior, ainda que reabilitado o condenado, possibilita a sua consideração como circunstância judicial negativa (...)

Mas isso, como acabei de ler, não foi considerado aqui, pelo juiz de primeiro grau ao fixar a dosimetria, o aumento da pena-base com fundamento no art. 59 do Código Penal.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Como vota a ministra Cármen Lúcia, portanto?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu não sei como ficou. O ministro Menezes Direito está acompanhando integralmente o relator?

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Ministro Menezes Direito, após os esclarecimento do relator.

O sr. ministro Menezes Direito: Se o relator está entendendo que os outros fundamentos são suficientes, nós temos de afastar de modo explícito esse fundamento constante do item 8, porque, no STJ, não adianta nós escondermos. Explicitamente, tenha havido ou não na sentença a indicação, o STJ considerou essa agravante para poder aumentar a pena.

Com relação ao outro fundamento, realmente, eu não conheço o precedente que foi indicado. Eu tendo a aplicar analogicamente, porque a nossa jurisprudência tem se orientado nesse sentido.

O meu temor é apenas de nós tomarmos essa decisão havendo um precedente específico. Se o eminente advogado tem o precedente que possa distribuir, eu não sei, mas como o ministro **Marco Aurélio** é o relator do mencionado precedente, eu vou aguardar o seu voto que certamente pode explicitar quanto à sua aplicação ao caso.

Eu não tenho dúvida, como disse antes, em acompanhar o ministro **Lewandowski** no que concerne a essa aplicação analógica, parece-me extremamente razoável, mas respeito sempre a existência de precedente nessa matéria.

Em conclusão, eu acompanho no tocante ao recrudescimento da pena, afastando, explicitamente, essa fundamentação, entendendo que a outra, que foi apresentada e que foi relevada pelo relator, é suficiente para justificar o agravamento. E quanto ao primeiro aspecto, eu vou pedir vênia à Corte para aguardar o voto do eminente ministro **Marco Aurélio**, que certamente pode explicitar com relação ao precedente que foi indicado.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Então, o eminente ministro relator encaminha o voto quanto ao fundamento de que trata o inciso 8 da ementa do STJ, que assenta a possibilidade da exasperação da pena a partir dos antecedentes criminais, porém, quanto ao outro fundamento, Sua Excelência aguarda o pronunciamento do ministro Marco Aurélio, exatamente quanto à aplicação analógica dessa nossa jurisprudência quanto à desnecessidade da perícia, em matéria de porte de arma, se há outros elementos de convicção nos autos para fundamentar a decisão do juiz.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Senhor presidente, se Vossa Excelência me permite, quanto à questão dos antecedentes não transitados em julgado, eu tenho a impressão que nós não podemos nos manifestar, nem quanto à pertinência desta consideração, para os efeitos do art. 59, nem quanto à sua impertinência, porque a matéria está pendente de julgamento no Pleno.

O sr. ministro Menezes Direito: É exatamente o que eu estou dizendo. Não estou me manifestando nem pela pertinência nem pela impertinência. O que estou afirmando é que, como a matéria está devolvida ao Pleno da Corte, não posso considerar nem no sentido de desqualificar nem no sentido de qualificar. É exatamente o que estou dizendo.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Perfeito. Está bem colocado.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, eu acompanho o relator exatamente porque, como ele bem colocou no seu brilhante voto, além de ter havido a fundamentação que ele levou em consideração, exatamente a partir do que foi posto desde a primeira instância, e foi isso que fundamentou o voto de Sua Excelência, ele citou, inclusive, que, na segunda parte, havia os precedentes que ele também citava e acompanhava.

Então, estou acompanhando o relator.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a correção pedida diz respeito à dosimetria da pena, e o Superior Tribunal de Justiça não adentrou, no processo revelador da ação penal, porque ainda pende o recurso especial, essa matéria.

Então, apreciamos a erronia, ou não, da sentença do juízo, confirmada pelo Tribunal de Justiça e o relator deixou, a meu ver, estreme de dúvidas, que foram consideradas circunstâncias judiciais outras que não os antecedentes: a repercussão do crime, a culpabilidade, a participação de cada qual no delito. Por isso, nessa parte, acompanho Sua Excelência.

Quanto à formalidade, a exigência de perícia, a Lei do Desarmamento distingue o porte de munição do porte de arma. No tocante a este último, a Lei 10.826/2003, no art. 25, exige realmente a perícia, mas não o faz quanto à munição. Também aqui subscrevo o voto do relator, assentando que o precedente de minha lavra – aliás, não é de minha lavra, é da lavra da Turma – citado da tribuna não guarda pertinência com a espécie.

Indefiro a ordem.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Menezes Direito: Senhor presidente, diante desse esclarecimento de que o precedente não se aplica ao caso concreto, acompanho, também, como disse, era a orientação que pretendia seguir, salvo se houvesse um precedente.

No que concerne à questão relativa ao recrudescimento da pena, eu acompanho o voto do relator, maximizando apenas aquelas outras circunstâncias que não estão explicitamente integrantes do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, como consta no precedente do STJ.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não está no título judicial. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, na ementa, versou antecedentes e colocou em segundo plano um instituto que, a meu ver, é linear: o instituto da reabilitação. Mas não precisamos adentrar essa matéria, porque estamos apreciando o acerto ou desacerto da decisão condenatória.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Da dosimetria.

O sr. ministro Menezes Direito: Mas sabe qual é a preocupação?

O sr. ministro Marco Aurélio: Com as notas taquigráficas, fica bem explícito.

O sr. ministro Menezes Direito: É que na parte final do voto do eminente relator há uma constatação efetiva de que está absolutamente correto o acórdão do STJ. Então, pode parecer, na conclusão, que nós estejamos subscrevendo essa observação.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): O ministro relator deixa claro.

O sr. ministro Marco Aurélio: Em última análise, estamos a perquirir a correção ou não da decisão condenatória, mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça não poderia suplementar, no julgamento de *habeas*, que não é ação de mão dupla, em termos de circunstâncias judiciais, a decisão.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu agradeço a atenção com que o eminente ministro Menezes Direito sempre me brinda quando leio os meus votos, e Sua Excelência pegou bem o fato de eu ter atestado que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é irrepreensível, mas eu o faço de forma circunscrita, dizendo o seguinte:

> Desse modo, entendo irrepreensível a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a possibilidade de que a quantidade de entorpecente transportada e o grau de responsabilidade de cada um dos pacientes na operação criminosa possam ser considerados para o fim de recrudescimento da pena-base.

Eu fui muito textual nesse aspecto para não agasalhar, para não abrigar o entendimento da ementa como um todo.

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): A irrepreensibilidade fica circunscrita.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Fica circunscrita a esse aspecto.

VOTO

O sr. ministro Carlos Britto (presidente): Eu cumprimento o advogado, que se houve da tribuna como se veterano fosse, mesmo assentando a sua estreia, agradecemos em nome da Corte as deferências.

Acompanho o relator, nos precisos termos do seu excelente voto.

EXTRATO DA ATA

HC 93.876/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pacientes: João Marcos Campos Henriques ou João Marcos Henriques, Fernando Celso Gonçalves Hermida ou Fernando Celso Hermida. Impetrantes: Lydio da Hora Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Falaram: o dr. Wellington Corrêa da Costa Junior, pelos pacientes, e o dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, subprocurador-geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Presidência do ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Menezes Direito. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

———

HABEAS CORPUS 95.136 — PR

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Paciente: Claudinei Joaquim Dias Ribeiro — Impetrante: Emerson Ernani Woyceichoski — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Homicídio qualificado pelo modo de execução e dolo eventual. Incompatibilidade. Ordem concedida.**

O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal ("traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido"). Precedentes.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de março de 2011 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de *habeas corpus* em favor de *Claudinei Joaquim Dias Ribeiro*, figurando como autoridade coatora o relator do Recurso Especial 832.339, ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de dezoito anos e nove meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, por duas vezes, **sendo reconhecido que o condenado agiu com dolo eventual e valendo-se de meio que impossibilitou a defesa das vítimas**.

A conduta típica praticada pelo ora paciente foi descrita na peça acusatória nos seguintes termos:

> (...) **o denunciado, que dirigia o automóvel (...), projetou-o contra os transeuntes Fernando e Cátia (...), que se deslocavam, a pé e abraçados, pela calçada** (...). **O denunciado**, que percorria o lado esquerdo da pista, **imprimiu**, ao deparar com as vítimas, **acentuada velocidade ao veículo, ao mesmo tempo que, em guinada para a direita, subiu na calçada e os alcançou, com grande impacto, haja vista a distância a que foram lançados os corpos** (...). Fernando e Cátia, transportados para hospitais da cidade, não resistiram aos ferimentos (...). Consumado o atropelamento, o denunciado se evadiu (...). Outro tanto, **ao**

> **surpreender as vítimas** (...), **apanhando-as de súbito e por trás, ao cabo de insólita manobra automobilística, o denunciado se valeu de recurso que lhes impossibilitou a defesa.** [Grifei, fls. 53-54.]

Inconformada, a defesa do paciente apelou ao Tribunal de Justiça do Paraná, alegando a incompatibilidade do dolo eventual com a qualificadora surpresa, além de pleitear a realização de nova dosimetria da pena e a progressão de regime para o cumprimento da pena.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo tão somente para reduzir a pena para quatorze anos e sete meses de reclusão, em regime integralmente fechado.

Na sequência, foi interposto recurso especial sob os mesmos argumentos aduzidos no apelo, quais sejam: a) incompatibilidade do dolo eventual com a qualificadora de surpresa e; b) a possibilidade de progressão de regime para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

O recurso especial foi julgado parcialmente procedente apenas para afastar a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena.

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus*, no qual se pretende a concessão da ordem para excluir da condenação imposta ao paciente a qualificadora inerente à surpresa (art. 121, § 2º, IV, do CP), alegando-se, para tanto, que esta seria incompatível com o instituto do dolo eventual (art. 18, I, parte final, do CP).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 165-168).

Não foi formulado pedido de liminar.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): O caso em análise cinge-se à verificação da incompatibilidade entre a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP ("traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido"), e o dolo eventual.

Nesse contexto, valho-me da orientação firmada por esta Turma no julgamento do HC 86.163/SP (rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006), do qual transcrevo:

> *Habeas corpus*. 2. Homicídios qualificados. 3. Alegação de excesso de linguagem. Inexistência do vício. 5. **Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação)**. 6. Primariedade e bons antecedentes como excludente de prisão preventiva, matéria não conhecida, sob pena de supressão de instância. 7. Precedentes. 8. Ordem parcialmente concedida, para exclusão da qualificadora arguida.
>
> (...) Em relação à incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121, manifestou-se o Ministério Público

Federal, em parecer da lavra do ilustre subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, *verbis* (fls. 683-700):

> 8. Nem há como cogitar de desclassificação para homicídio culposo, sequer na modalidade de culpa consciente, pois o afastamento do dolo eventual exige exame aprofundado da questão de fato, o que é inadmitido em *habeas corpus*. Valho-me, outra vez, do acórdão do STJ: "somente a análise específica e detalhada da conduta do motorista permitirá ao Julgador concluir pela configuração de culpa consciente ou de dolo eventual".
>
> 9. **Cumpre observar que a qualificadora genérica referente ao recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima deve guardar correspondência com aquelas especificadas no mesmo inciso, ou seja, deve ter a mesma natureza insidiosa**. Segundo Celso Delmanto: "O modo deve ser análogo aos outros do inciso IV (traição, emboscada ou dissimulação). **A surpresa, para qualificar, é a insidiosa e inesperada para a vítima, dificultando ou impossibilitando a sua defesa**". **Por seu turno assevera Heleno Fragoso:** "**Para que se configure a qualificação do homicídio, é necessário que a dificuldade ou a impossibilidade resultem do modo por que o agente atua, e não das condições em que se apresenta o sujeito passivo**". Complementando, aduz Guilherme Nucci: "É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação".
>
> 10. Por todos, ensina Nelson Hungria:
>
> > **Quando um dispositivo legal contém uma fórmula exemplificativa, e, a seguir, uma cláusula genérica, deve entender-se que esta, segundo elementar princípio da hermenêutica, somente compreende os casos análogos aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais**. Assim, o "outro recurso", a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada, ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício.
>
> 11. **Nessas circunstâncias, afigura-se incompatível a qualificadora em questão com o dolo eventual, pois imprescindível a intenção, o propósito do agente em atingir a vítima**. Aduz Nelson Hungria: "no inciso IV, é qualificado o homicídio quando haja insídia, não já pela natureza do meio empregado, mas no modo da atividade executiva, de que resulte dificuldade ou impossibilidade de defesa da vítima". **A qualificadora da surpresa, tendo também esse elemento subjetivo, não se confunde com o mero acontecimento repentino, inopinado**. Pertinente, portanto, o comentário de Damásio de Jesus ao explicitar que **o dolo eventual é incompatível com a qualificadora da surpresa, "uma vez que nela o sujeito deve ter vontade de surpreender a vítima, circunstância que não é possível naquele"**. (fls. 695-696)
>
> Assim, **verifica-se a incompatibilidade entre a subsistência do dolo eventual e a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal**. [Sem grifos no original.]

Desse modo, entendo que a similitude fática entre a hipótese sob exame e o julgado acima abre espaço para o reconhecimento da incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP.

No mesmo sentido, destaco o seguinte trecho da manifestação do Ministério Público Federal:

> **Os meios de execução que qualificam o homicídio – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido – estão relacionados, por uma dedução lógica, ao desejo de impedir que a vítima possa reagir à agressão**. Segundo ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, "é indispensável a prova de que o agente teve o propósito de efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação. É a presença do elemento subjetivo específico ou, na visão tradicional, do dolo específico".
>
> **Na figura do dolo eventual, não obstante tenha assumido o risco do resultado – sendo a ele indiferente, o agente não o deseja, assim como inexiste a vontade de impedir que a vítima reaja a este possível resultado. Faz-se necessário concluir, portanto, pela ausência do supracitado dolo específico, imprescindível à configuração da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.** [Fl. 168.]

Diante de todo o exposto, **voto pela concessão da ordem para excluir da condenação imposta ao ora paciente a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal**.

Tendo em vista que a sentença condenatória já transitou em julgado e a fixação da nova pena, no caso, exigirá ao menos a realização de um revolvimento fático, **determino ao juízo da execução criminal a tarefa de realizar nova dosimetria da pena desconsiderando a qualificadora em comento**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 95.136/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Claudinei Joaquim Dias Ribeiro. Impetrante: Emerson Ernani Woyceichoski (Advogados: Alex Fernando Dal Pizzol e outros). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 1º de março de 2011 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

HABEAS CORPUS 95.969 — SP

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Fábio Rizzo de Toledo — Impetrantes: Willey Lopes Sucasas e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Necessidade de defesa prévia. Art. 514 do CPP. Denúncia que imputa ao paciente, além de crimes funcionais, crimes de quadrilha e de usurpação de função pública. Procedimento restrito aos crimes funcionais típicos. Ordem denegada.**

I – A partir do julgamento do HC 85.779/RJ, passou-se a entender, nesta Corte, que é indispensável a defesa preliminar nas hipóteses do art. 514 do Código de Processo Penal, mesmo quando a denúncia é lastreada em inquérito policial (*Informativo* 457/STF).

II – O procedimento previsto no referido dispositivo da lei adjetiva penal cinge-se às hipóteses em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos, o que não ocorre na espécie. Precedentes.

III – *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*; vencido o ministro Marco Aurélio.

Brasília, 12 de maio de 2009 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Willey Lopes Sucasas, André Luís Cerino da Fonseca e Tiago Felipe Coletti Malosso em favor de *Fábio Rizzo de Toledo*, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 104.028/SP, rel. min. Laurita Vaz.

Narram os impetrantes, em suma, que o paciente, delegado de polícia, foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 288, *caput*, 312, § 1º, 316 e 328, parágrafo único, todos do Código Penal.

Afirmam, mais, que o juízo monocrático determinou a notificação do paciente para que apresentasse a defesa preliminar, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal. O Ministério Público, todavia, pediu a reconsideração dessa decisão, ante a incidência da Súmula 330 do STJ, tendo o pleito atendido (fls. 4 e 5).

Em face disso, impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual entendeu por bem denegar a ordem.

Aduzem que postularam novo *habeas corpus*, agora em face do Superior Tribunal de Justiça, o qual foi igualmente denegado. Esta a ementa do julgado:

> *Habeas corpus. Processual penal. Crimes funcionais. Ação penal instruída por inquérito policial. Defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal. Desnecessidade. Súmula n. 330/STJ.*
>
> 1. Encontrando-se a denúncia ofertada em desfavor do ora Paciente – funcionário público – embasada em inquérito policial, afigura-se desnecessário a obediência ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal. Incidência da Súmula n. 330 desta Corte.
>
> 2. Ordem denegada. [Fl. 19.]

Sustentam, em síntese, violação ao devido processo legal e à plenitude da defesa, eis que não foi dada ao paciente a oportunidade de apresentá-la preliminarmente, ou seja, antes do recebimento da denúncia, garantia conferida aos funcionários públicos (fl. 7).

Argumentam, mais, que o fato de o paciente também ter sido denunciado por outro crime, diverso do funcional, não constitui óbice ao cumprimento do disposto no art. 514 do CPP (fl. 9).

Aduzem ser inadmissível aceitar a orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula 330 do STJ, que dispensa a defesa preliminar quando a denúncia vier instruída por inquérito policial, porquanto "estar-se-ia dando azo a situações de absoluta desigualdade em face de outros casos nos quais a manifestação prévia do denunciado se faz necessária" (fl. 10).

Requerem, por fim, o deferimento da liminar para suspender o trâmite do processo na origem até o julgamento final do presente *habeas corpus* e, no mérito, a declaração da nulidade do processo pela inobservância do rito previsto no art. 514 do CPP.

Às fls. 139-141, deferi a liminar para suspender o trâmite da ação, ocasião em que solicitei informações, além de determinar a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

O parecer do Ministério Público Federal, de lavra do subprocurador-geral da República Mário José Gisi, é pelo não conhecimento do *writ*, com a cassação da liminar deferida e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 171-177).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, entendo que a ordem não deve ser concedida. Explico:

Ao deferir a medida liminar, fiz referência ao voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence no HC 89.686/SP, no qual se assentou entendimento,

com base em precedente do Plenário (HC 85.779/RJ, relatora para o acórdão a ministra Cármen Lúcia), de que a denúncia respaldada em elementos colhidos em inquérito policial não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia do acusado, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal.

Com efeito, não divirjo desse entendimento. Ainda que a denúncia esteja alicerçada em inquérito policial, em se tratando de crimes funcionais típicos, é de rigor a observância do rito previsto no citado dispositivo do diploma adjetivo penal.

No entanto, ao analisar a questão com maior detença, deparei-me com situação que afasta a obrigatoriedade acima explicitada.

É que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, não apenas de crimes funcionais típicos, mas também pelos crimes previstos nos arts. 288, *caput*, e 328, parágrafo único, do Código Penal.

Como consignado pelo ministro Sepúlveda Pertence no mencionado precedente, a jurisprudência desta Corte vem afirmando que o procedimento previsto nos arts. 513 e seguintes do CPP reserva-se aos casos em que são imputados ao réu apenas crimes funcionais típicos (RHC 50.664/PR, rel. min. Antonio Neder, RHC 61.010/SP, rel. min. Djaci Falcão, HC 73.099/SP, rel. min. Moreira Alves e, mais recentemente, o HC 95.542/SP, de minha relatoria, *Informativo* 532/STF), o que não se tem no caso em apreço.

Assentou ainda o relator que, para se perquirir a aplicação ou não do rito especial, necessário seria o exame dos fatos narrados na denúncia, e não a capitulação a eles dada pelo Ministério Público.

Cabe, por oportuno, neste ponto, destacar o seguinte trecho da denúncia (fls. 65-126):

> 1. No período compreendido entre meados de 1995 e março de 2005, em Piracicaba, *Hermínio Favarin, Edson Favarin, Rodinei Carlos Dionisio, Claudinei Roberto Dionisio, Francisco Wlademir Bueloni, Carlos Augusto de Araújo, Aloisio Ribeiro de Carvalho, Fábio Sérgio Fabiano, Roberto Rodrigues do Nascimento, Jair Jonas Prezzotto e* ***Fábio Rizzo de Toledo associaram-se em quadrilha ou bando, sob a forma de organização criminosa, com o fim de cometer crimes***.
>
> (...)
>
> 8. ***no dia 26 de junho de 2000***, período da tarde, na Rua Benjamin Constant n. 1784, em Piracicaba, ***Fábio Rizzo de Toledo exigiu, para si, em razão da função pública que exercia, indevida vantagem econômica e efetivamente a recebeu***.
>
> 10. em 07 de julho de 2000, nas dependências da Delegacia de Polícia que estava sob seu comando (DISE), neste município, ***Fábio Rizzo de Toledo*** (10.1) ***concorreu para que pessoa subtraísse, em proveito próprio ou alheio, dinheiro que estava apreendido*** e cujo perdimento havia de ser decretado com fulcro no artigo 50 da LCP e (10.2) ***valeu-se de sua qualidade de funcionário público*** para permitir que referida pessoa se apoderasse do dinheiro existente no interior de uma máquina de jogos de azar apreendida naquela repartição policial.
>
> 11. ***em 13 de julho de 2000***, nas dependências da Delegacia de Polícia que estava sob seu comando (DISE), neste município, ***Fábio Rizzo de Toledo usurpou a função do Juiz Criminal que determinou a expedição do mandado de busca e***

apreensão, que culminou na apreensão da máquina e do dinheiro acima mencionados, o qual, por isso mesmo, era a única Autoridade que poderia ter autorizado a entrega dos bens, mesmo que sob depósito, auferindo vantagem em razão disso.

(...)

É certo, portanto, que (a) em data indeterminada do ano de 1999, agindo a mando de *Edson Favarin* e *Jair Prezzotto*, ***Fábio Rizzo De Toledo obrigou Nelson a entregar máquinas eletrônicas de jogo de azar que estavam sob sua posse em um depósito pertencente a seus concorrentes***; (b) em 26 de junho de 2000, para atender a essas mesmas pessoas, ***Fábio Rizzo de Toledo obteve e cumpriu mandado de busca de máquinas de jogos de azar que estavam na posse de Nelson***, (c) ao dar cumprimento a esse mandado, *Fábio Rizzo de Toledo* ***aproveitou para exigir, para si, diretamente e através do advogado Daniel Gimenes, vantagem indevida em razão da função pública que estava a exercer***; (d) *Daniel Gimenes* concorreu para a prática do crime de concussão, pois, ao invés de avisar seu cliente que a prisão em flagrante não poderia ser efetivada, convenceu-o do contrário, negociou e acertou o preço da vantagem afinal paga por Nelson a *Fábio Rizzo de Toledo.*

Os fatos acima narrados também demonstram que Fábio Rizzo de Toledo, *Edson Favrin, Jair Prezzotto* ***e seus sócios nos vários "empreendimentos de jogos de azar" estavam associados em quadrilha ou bando***, com o fim de cometer crimes, ***desde o ano de 1999***, pelo menos (fls. 94-95).

(...)

Em 07 de julho de 2000, nas dependências da Delegacia de Polícia que estava sob o comando de *Fábio Rizzo de Toledo*, compareceu um funcionário da empresa *Grub Game*, do Rio de Janeiro (RJ), o qual foi autorizado a descarregar e arrecadar o dinheiro existente em algumas das máquinas caça níqueis ali apreendidas. Com efeito, há documento que comprava ter Jailton Rogério Barbosa Marinho, funcionário da *Grub Game*, *retirado das máquinas a quantia de* R$ 382,50 (trezentos e oitenta e dois reais e cinquenta centavos). É interessante observar que, ao menos no conjunto de cópias encartadas no IP n. 749/2003, não há comprovante de que o tal Jailton fosse representante legal da *Grub Game* (fls. 119 do IP n. 749/2003, da 3ª Vara local).

Mais absurdo ainda é que Jailton foi autorizado a mexer nas máquinas antes mesmo da conclusão e apresentação do resultado do trabalho dos peritos incumbidos de examiná-las, cujo laudo só foi finalizado no dia 13 de julho de 2000 (fls. 139 do IP 749/2003).

No dia 13-7-2000, por determinação de *Fábio Rizzo*, foram entregues da Nelson Eleutério Junior: (a) em depósito, as vinte e três máquinas apreendidas e (b) a quantia de R$ 425,00 em moedas de R$ 0,25 (vinte e cinco centavos).

Fábio Rizzo de Toledo não podia ter entregue os valores apreendidos a tais pessoas, eis que sujeitos a perdimento na forma do artigo 50 da LCP. ***Fábio Rizzo de Toledo também não podia ter determinado a entrega das máquinas, ainda que mediante depósito, sem prévia autorização judicial.***

É certo, pois, que ***Fábio Rizzo de Toledo*** (a) concorreu para que pessoa que se disse empregado da *Grub Game* subtraísse, em proveito próprio ou alheio, o dinheiro cujo perdimento era de ser decretado com fulcro no artigo 50 da LCP; (b) ***valeu-se de sua qualidade de funcionário público para permitir que tal pessoa se apoderasse do dinheiro existente na máquina; e*** (c) ***usurpou a função do Juiz Criminal que determinou a expedição do mandado de busca e apreensão***, o

qual, por isso mesmo, era a única autoridade que poderia ter autorizado a realização do depósito (fls. 96-97).

(...)

Diante do exposto, é oferecida perante Vossa Excelência a presente denúncia contra:

(...)

g) *Fábio Rizzo de Toledo*, qualificado às fls. 28 e 166 do IP 749/03, como incurso no art. 288, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 1º da Lei 9.034/95; no artigo 316 do Código Penal; no artigo 312, § 1º, do Código Penal; e artigo 328, parágrafo único, do Estatuto Repressivo. [Grifos meus.]

Ora, da análise dos fatos narrados acima, infere-se que são imputados ao paciente não somente crimes funcionais típicos, como o peculato e a concussão (previstos no capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral – arts. 312 a 326 do Código Penal), como também usurpação de função pública (art. 328, parágrafo único, do CP) e o delito de quadrilha (art. 288 do CP).

Desta forma, é de se aplicar o entendimento assentado no HC 73.099/SP, rel. min. Moreira Alves, de cuja ementa destaco o seguinte:

Tendo a denúncia imputado ao ora paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o disposto no art. 514 do CPP, como entendeu esta Corte no julgamento do HC 50.664 (*RTJ* 66/365 e segs.), ao salientar: "Bastante é que a denúncia classifique a conduta do réu em norma que defina crime não funcional, embora nela inclua também o de responsabilidade, para se afastar a medida prevista no art. 514 do Código de Processo Penal."

Diante do exposto, denego a ordem, cassando a liminar concedida.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: O certo é que foi denunciado por crime contra a administração pública.

Agora, apontaram-se outros crimes que não estariam alcançados pelo art. 513 do Código de Processo Penal. Indago: a acumulação objetiva, concentrando o Ministério Público em um mesmo processo todas as denúncias, é capaz de afastar a incidência do citado artigo? Respondo negativamente, sob pena de abrir-se até mesmo a porta a drible ao art. 513. Basta que o Ministério Público denuncie por outros crimes para não haver a observância da formalidade legal.

Por isso, concedo a ordem.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu estou invocando a jurisprudência da Casa.

O sr. ministro Marco Aurélio: É interessante o tema. Vossa Excelência disse bem que a matéria em debate é de direito.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, apenas quero registrar com relação à fundamentação, porque, como votei agora no HC 97.033, que era também de delegado da Polícia Federal, e deneguei superando exatamente porque a jurisprudência é no sentido de que, mesmo nesses casos, seria necessária a notificação, mas com aquela ressalva de uma parte da nossa jurisprudência de que, quando houve a condenação, na verdade, a notificação que era prévia, era para o servidor público provar que não precisava nem de haver o processo. Se já houve o processo, inclusive já houve a condenação, está superada na forma da jurisprudência.

Portanto, estou denegando. Chego à mesma conclusão, apenas ressalvo esse entendimento.

EXTRATO DA ATA

HC 95.969/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandoswki. Paciente: Fábio Rizzo de Toledo. Impetrantes: Willey Lopes Sucasas e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencido o ministro Marco Aurélio.

Presidência do ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Menezes Direito. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 12 de maio de 2009 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

HABEAS CORPUS 96.905 — RJ

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Paciente: Cláudio Heleno dos Santos Lacerda — Impetrantes: Luiz Carlos da Silva Neto e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* – Júri – Testemunha arrolada, com a cláusula de imprescindibilidade, para ser inquirida no Plenário do Júri (CPP, art. 461, *caput*, na redação dada pela Lei 11.689/2008) – Direito subjetivo da parte – Não comparecimento, contudo, de referida testemunha, justificado mediante apresentação de atestado médico – Manifestação do réu insistindo na inquirição, em Plenário, de referida testemunha – Indeferimento desse pleito pela juíza-presidente – Impossibilidade – Ofensa evidente ao direito de defesa do acusado – Nulidade processual absoluta – Réu que expressamente manifestou o seu desejo de ser defendido por advogado que ele próprio havia constituído – Pleito recusado pela magistrada que nomeou defensor público para patrocinar a defesa técnica do acusado – Transgressão à liberdade de escolha, pelo réu, de seu próprio defensor – Desrespeito à garantia do devido processo – Invalidação do julgamento pelo Júri – Pedido deferido.**

Liberdade de escolha, pelo réu, de seu próprio defensor.

– O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da *persecutio criminis*, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição.

Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou defensor público) sem expressa aquiescência do réu. Precedentes.

Abrangência da cláusula constitucional do *due process of law*, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova.

– A garantia constitucional do *due process of law* abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao poder judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa

técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado, processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, rel. min. Celso de Mello – HC 93.050/RJ, rel. min. Celso de Mello); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, rel. min. Celso de Mello – HC 77.135/SP, rel. min. Ilmar Galvão – HC 83.096/RJ, rel. min. Ellen Gracie – HC 94.016/SP, rel. min. Celso de Mello – HC 99.289/RS, rel. min. Celso de Mello); (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, rel. min. Celso de Mello) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, rel. min. Celso de Mello); e (m) direito à prova.

– O direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao *due process of law*.

– Os juízes e tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Dispensa, por iniciativa do magistrado, sem razão legítima, de testemunha que o acusado arrolou, de modo regular e tempestivo, com a nota de imprescindibilidade: ato judicial que ofende o direito de defesa cujo exercício é assegurado, a qualquer réu, pela Constituição da República.

– O fato de o Poder Judiciário considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento penal não legitima nem autoriza a adoção, pelo magistrado competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre persecução penal, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio acusado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.

– Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do *due process* a supressão ou a injusta denegação, por exclusiva deliberação judicial, do direito à prova, que, por compor o próprio

estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado por quaisquer autoridades e agentes públicos, que não podem impedir, sob pena de nulidade processual absoluta, que o réu, nos procedimentos de persecução contra ele instaurados, produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva do Estado, ainda mais quando se tratar de testemunhas arroladas com a nota de imprescindibilidade (CPP, art. 461, *caput*, na redação dada pela Lei 11.689/2008). Doutrina. Jurisprudência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir 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 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se** de "*habeas corpus*" **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 275):

> ***PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ART. 121, § 2º, II, C/C ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 73, § 1ª PARTE, TODOS DO CP. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DO JULGAMENTO. DISPENSA DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.***
>
> ***Não se verificam as nulidades*** *processuais alegadas pelo impetrante* **–** *que teriam sido causadas pelo indeferimento do pedido de adiamento do julgamento e pela dispensa de testemunhas* **–** *se não houve a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo paciente, como exige o art. 563 do CPP ("pas de nullité sans grief").*
>
> ***Ordem denegada***. [**HC 61.432/RJ**, rel. p/ o ac. min. FELIX FISCHER – **Grifei**.]

Sustenta-se, nesta impetração, **a ocorrência de cerceamento de defesa**, eis que, **em virtude de restrição imposta** pela MMª. juíza presidente do Tribunal do Júri (**uma hora** por dia **para extração** de cópias dos autos), **o advogado** do ora paciente – que por este havia sido constituído **apenas** seis dias **antes** do julgamento – "***não compareceu*** *à sessão de julgamento (...),* ***sob pena de exercer defesa falha*** *de seu constituinte*" (fl. 6), **o que impossibilitou** o paciente de "*ser representado* ***pelo seu*** *defensor escolhido*" (fl. 14).

Alega-se, ainda, **ofensa** ao direito de defesa do paciente, **pois deixaram** de ser inquiridas duas testemunhas de defesa **arroladas com cláusula de imprescindibilidade**, uma das quais **justificou** a sua ausência **com apresentação** de atestado médico.

Deferi o pedido de medida liminar formulado na presente sede processual, **por entender presentes** os requisitos autorizadores de sua concessão (fls. 407/414).

A douta Procuradoria-Geral da República, **em parecer** da lavra do ilustre subprocurador-geral, dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **ao opinar pelo deferimento**, em parte, da ordem de "*habeas* corpus", **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (fls. 453/459):

> ***Senhor Ministro Relator:***
>
> ***1. Cláudio Heleno dos Santos Lacerda foi denunciado*** *pela prática da conduta prevista no artigo 121, § 2º, inciso II c/c artigo 14, II e artigo 73, do Código Penal e condenado pelo Tribunal do Júri do Estado do Rio de Janeiro em 17 de julho de 2002 a cumprir pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 141-143).*
>
> ***2. A defesa apelou****, sustentando preliminarmente nulidade processual e, no mérito, ocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça carioca desproveu o recurso em decisão assim ementada:*
>
> > ***Apelação Criminal. Homicídio qualificado pelo motivo fútil, na forma tentada. Crime hediondo. Erro sobre a pessoa. Tribunal do Júri. Arguidas preliminares de nulidade por cerceamento de defesa. Indeferimento do pedido de adiamento do Júri. Renúncia do advogado comunicada ao Réu quase dois meses antes. Nomeação de Defensor Público já anteriormente designado. Nulidade não reconhecida. Pedido de adiamento em face da ausência de testemunhas residentes em outra Comarca. Rejeição. Terceira preliminar desarrazoada. Desistência expressa da oitiva de determinada testemunha****. No mérito, alegação de que o "decisum" é manifestamente contrário à prova dos autos. Suscitada dúvida quanto à autoria do disparo que vitimou a criança. Inexistência de perícia de confronto balístico. Conjunto probatório no sentido de que o acusado efetuou disparos de arma de fogo contra o goleiro do time de futebol, atingindo o menor. Erro de execução. Autoria certa. Qualificadora reconhecida. Decisão de acordo com as provas dos autos. Dosimetria penal adequada. Desprovimento do recurso – fl. 228.*
>
> ***3. Na sequência****, no Superior Tribunal de Justiça, a impetração ajuizou o HC n. 61.432/RJ, no qual se alegaram as seguintes nulidades: a) cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do pedido de adiamento do Júri, por se tratar de advogado constituído apenas seis dias antes do julgamento, que, além de contar com prazo exíguo para a análise do caso, teve, ainda, limitado o seu direito de acesso aos autos pelo prazo de 1 (uma) hora por dia; b) dispensa, pela Juíza Presidente do Plenário, de testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade, que justificou sua ausência por atestado médico e c) falta de intimação da defesa para desistir ou substituir testemunha que não havia sido localizada. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegou a ordem:*
>
> > ***PROCESSO PENAL. "HABEAS CORPUS". ART. 121, § 2º, II C/C ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 73, § 1ª PARTE, TODOS DO***

CP. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DO JULGAMENTO. DISPENSA DE TESTEMUNHAS, PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

Não se verificam as nulidades processuais alegadas pelo impetrante – que teriam sido causadas pelo indeferimento do pedido de adiamento do julgamento e pela dispensa de testemunhas – se não houve a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo paciente, como exige o artigo 563 do CPP ("pas de nullité sans grief").

***Ordem denegada** – fl. 279*

***4. Daí o presente "mandamus"**, com pedido liminar, no qual reiteradas as três alegações apresentada ao Tribunal "a quo" (fls. 2-40). O pedido liminar foi deferido a fls. 307-314.*

(...)

***6. Quanto ao primeiro ponto suscitado**: a primeira sessão de julgamento pelo Plenário do I Tribunal do Júri do Rio de Janeiro fora designada para o dia 6 de junho de 2002, no entanto em razão do comparecimento do ora paciente desacompanhado de seu advogado, que havia renunciado ao mandato no dia anterior, o julgamento teve de ser adiado. Foi então redesignado o julgamento para o dia 16 de julho de 2002 e nomeado defensor público para assumir a causa, ciente o réu. Na ocasião, ficou consignado em ata que:*

Claudio Heleno dos Santos Lacerda, 44 anos de idade, comparecendo desacompanhado de advogado. Dr. Juiz consigna que a ausência de defesa, eis que a renúncia do Dr. Advogado do réu deu entrada neste tribunal ontem no final do expediente, impede seja o julgamento do processo o dia 16/07/2002, às 13:00h, primeira data desimpedida da pauta. Desta nova designação fica intimado o réu, bem como as testemunhas do MP aqui presentes. A regra geral insculpida no art. 422, CPP, determina ao juiz que nomeie defensor ao réu, que não o tiver para que o julgamento possa ser realizado. A mesma regra legal concede ao réu o poder de constituir advogado para substituir o defensor dativo, contanto que compareça para o julgamento. Com efeito, temos no art. 449 do CPP, que o julgamento por este motivo será adiado somente uma vez, dizendo o parágrafo único deste artigo, que quando chamado pela segunda vez o julgamento será realizado. Ressalvado ao réu ser defendido por advogado de sua escolha. Desde que se ache presente. Anteriormente, isto nos idos de 26/02/2000, quando da renúncia do anterior advogado que vinha assistindo ao réu, e que renunciou, nomeara para a defesa do réu o Dr. defensor público. Dr. Defensor público tomou ciência da nomeação assumindo o patrocínio. No entanto, o advogado hoje renunciante ingressou nos autos, afastando o Dr. defensor público e, com sua renúncia hoje retorna aos autos o Dr. defensor público. Determino sejam os autos encaminhados com urgência, ainda hoje, ao MP, para que venha sua douta promoção, pois nesta assentada sua Exa. a Dra. Promotora de Justiça, ante o que qualifica de procrastinação nos autos, requer manifestar-se com requerimentos de providências. Após a fala de sua Exa., venha com autos conclusos. Fica ainda determinado ao cartório que hoje mesmo, após conclusão, deverá retirar os autos de meu gabinete. Encaminhando-os "incontinenti" ao Dr. defensor público que assume o patrocínio da defesa do réu. O réu ciente da nomeação, como já estava ciente anteriormente deverá entrevistar-se com o Dr. defensor público – fls. 83-84, (...).

7. O advogado Clóvis Sahione foi constituído 6 (seis) dias antes do julgamento, previsto para o dia 16 de julho de 2002, tendo ingressado com pedido de

adiamento da sessão de julgamento, por 60 (sessenta) dias, alegando necessitar prazo para estudar o caso, o que foi indeferido, sendo apenas concedida a vista dos autos por uma hora por dia, com permissão para extração de cópias do processo.

8. No dia do julgamento*, embora presente o paciente, não compareceu o advogado constituído. Em decorrência, a juíza presidente chamou a defensoria pública, já nomeada quando do adiamento, e realizou o julgamento, indeferindo um segundo adiamento, identificando manobra procrastinatória da defesa (fl. 114).*

9. E não houve mesmo nulidade*. Como bem explicitado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a defesa do paciente já havia anteriormente se utilizado desse mesmo expediente, obtendo adiamento do Júri pela renúncia do advogado constituído. Ora, nos termos do art. 449, parágrafo único, do Código de Processo Penal (sem a alteração dada posteriormente pela Lei 11.689/2008), só é permitido um único adiamento do julgamento. O voto vencedor, no Superior Tribunal de Justiça, bem afastou a ocorrência de prejuízo, sendo certo também que houve demora do paciente em constituir novo advogado. O voto vencedor do ministro Jorge Mussi faz referência aos vários pedidos de adiamento do Júri, desde outubro de 2000 (fl. 290). Destaco do acórdão "a quo":*

> *Quanto ao item a, pelo que se observa dos autos, foi possibilitado ao advogado, constituído 6 dias antes do julgamento, o acesso aos autos por uma hora por dia, sendo-lhe permitida a extração de cópias. Ressalto, ainda, que o julgamento já havia sido adiado anteriormente, quando houve renúncia pelo anterior defensor do paciente. Desta forma, não se verifica a ocorrência do cerceamento de defesa alegado. Não se vislumbra, também, a ilegalidade da decisão judicial firmou o prazo de uma hora diária visto que, como bem ressaltado pela d. Subprocuradoria-Geral da República, "o magistrado agiu de modo a proporcionar que ambas as partes tivessem oportunidade de analisar os autos, tanto é assim que consta do caderno processual Certidão (fl. 77) atestando que o Ministério Público também retirou o processo em exame" (fl. 298).*

10. Ensina Guilherme de Souza Nucci*:*

> *Ainda que o acusado não tenha indicado quem o defenda, no prazo assinalado pelo juiz, razão pela qual lhe foi nomeado um dativo, é possível que, no dia do julgamento, surja no Tribunal do Júri, um advogado de sua confiança. Assumirá este o patrocínio da causa. Não cabe ao profissional dizer que compareceu apenas para pedir o adiamento para melhor estudar os autos. Lá deve estar para defender o acusado. Afinal, há um defensor dativo presente e preparado para sustentar os interesses do réu, inadmitindo-se outro adiamento da sessão (Código de Processo Penal Comentado 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 744).*

11. Quanto às testemunhas tidas como imprescindíveis*. Não foi possível intimar Jorge Augusto de Almeida, por estar em local incerto e não sabido, donde ser aplicável o art. 455, segunda parte, do Código de Processo Penal (redação anterior à Lei 11.689/2008): "proceder-se-á ao julgamento, se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado". Demais, consta da ata que, mesmo tendo havido suspensão temporária da sessão de julgamento (20 minutos), propiciando assim o juiz oportunidade para contato telefônico para localização, houve expressa desistência da inquirição dessa testemunha (fls. 115-116).*

12. Já a testemunha Alcemir Tebaldi Júnior, residente em outra comarca (São João do Meriti/RJ), também foi arrolada pela defesa com cláusula de

imprescindibilidade. Sua ausência no Plenário do Júri foi justificada pelo atestado médico de fl.112.

***13. Certo que a falta de testemunha arrolada como imprescindível é motivo para o adiamento do julgamento**, nos termos do artigo 455 e seu parágrafo primeiro do Código de Processo Penal (sem as modificações feitas pela Lei n. 11.689/2008):*

> ***Art. 455**. A falta de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento, salvo se uma das partes tiver requerido sua intimação, declarando não prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com a antecedência necessária para a intimação. Proceder-se-á, entretanto, ao julgamento, se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado.*
>
> *§ 1º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz suspenderá os trabalhos e mandará trazê-la pelo oficial de justiça ou adiará o julgamento para o primeiro dia útil desimpedido, ordenando a sua condução ou requisitando à autoridade policial a sua apresentação.*

***14. Contudo**, o art. 455 do Código de Processo Penal, acima citado, só tem aplicação às testemunhas residentes no foro da instrução, não se sobrepondo à regra geral que assegura à testemunha o direito de ser inquirida no foro de seu domicílio. Donde, salvo apresentação espontânea, as testemunhas residentes em outra comarca devem ser ouvidas por carta precatória, se requerida a sua expedição. Tampouco é possível a condução coercitiva de testemunha residente fora da Comarca.*

***15. Nesse sentido** é a orientação desta Corte Suprema:*

> *"HABEAS-CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. JÚRI. TESTEMUNHA RESIDENTE FORA DA COMARCA. CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE.*
>
> *1. A testemunha residente fora da Comarca, ainda que arrolada com cláusula de imprescindibilidade, não está obrigada a comparecer ao Tribunal do Júri para depor. É-lhe facultado apresentar-se espontaneamente em plenário ou ser ouvida por meio de carta precatória, caso requerida na fase processual própria.*
>
> *2. O preceito contido no artigo 455 do Código de Processo Penal não excepciona a regra estatuída no seu art. 222. Ordem denegada. (HC 82.281/SP, rel. min. Maurício Corrêa, julgado em 26-11-2002; DJU de 1º-8-2003);*
>
> *O direito de defesa há de exercer-se na forma processual prevista em lei, e esta não determina a intimação de testemunhas residentes em outra comarca para que compareçam e deponham no plenário do Júri à sua conta (RHC 59.717/RS, rel. min. Cordeiro Guerra, RT 561:430, jul. 1982).*

***16. No caso**, não houve requerimento para a expedição de carta precatória, prevendo-se a apresentação espontânea da testemunha Alcemir Tebaldi Júnior, que não compareceu, justificadamente, apresentando atestado médico, documento que não foi considerado pelo Juiz Presidente. Como está no voto vencido da Ministra Laurita Vaz: "muito embora se possa suspeitar da idoneidade do atestado de saúde... não é esse o momento e a via adequados para a análise de sua veracidade, razão pela qual deve ser tida como válida a justificação da ausência da testemunha. **Caracterizado**, **portanto**, **o cerceamento da defesa**".*

***17. Isso exposto**, **opino pelo deferimento da ordem**.* **[Grifei.]**

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Os fundamentos** em que se apoia a presente impetração **revestem-se** de inquestionável relevo jurídico, *seja* examinando-se a postulação quanto à essencialidade do **direito** de o réu **escolher** o seu próprio defensor, *seja* quanto à invalidade da **dispensa**, pela autoridade judiciária processante, **de testemunhas** que o ora paciente arrolara *com a cláusula de imprescindibilidade*.

Observo que o paciente, **quando** de seu julgamento pelo Tribunal do Júri, **manifestou**, *expressamente*, "*que gostaria de ser defendido* ***por seu*** *advogado*" (fl. 114 – **grifei**), **havendo sido consignado**, *então*, que o paciente em referência era "*patrocinado pelo Dr. Clovis Sahione (...)*" (fl. 114).

O exame da ata de julgamento **não só confirma** essa **relevantíssima** circunstância (a de o ora paciente *haver insistido* em que a sua defesa técnica, **no Plenário do Júri**, fosse conduzida por advogado **que ele mesmo constituíra**) **como também revela** que a defensora pública **então** designada postulara *o adiamento da sessão*, **reconhecendo** necessário *respeitar-se* **o direito de escolha** do réu (fl. 114).

Entendo, *como já referido* e na linha **de anteriores** decisões **que proferi no HC** 88.085-MC/SP, **no HC** 91.284-MC/SP **e no HC** 92.091-MC/SP, *dos quais fui relator*, que os fundamentos **em que se apoia** esta impetração **revestem-se** de inquestionável densidade jurídica, **pois concernem** ao exercício *de uma das garantias essenciais* que a Constituição da República **assegura** *a qualquer réu*, **notadamente** em sede processual penal.

É por essa razão que tenho **sempre** salientado, *a propósito da essencialidade* dessa prerrogativa constitucional, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **sensível** às lições de eminentes autores (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, "**Processo Penal – O Direito de Defesa**", 1986, Forense; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, "**Acusação**, **Defesa e Julgamento**", 2001, Millennium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "**Novas Tendências do Direito Processual**", 1990, Forense Universitária; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "**Processo Penal Constitucional**", 3. ed., 2003, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**", 2. ed., 2004, RT; VICENTE GRECO FILHO, "**Tutela Constitucional das Liberdades**", 1989, Saraiva; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "**Direito Processual Penal**", vol. 1, 1974, Coimbra Editora; ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, "**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**", 2002, Atlas, *v.g.*), **vem assinalando**, *com particular ênfase*, **que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou** de seus direitos **sem** o devido processo legal, **não importando**, *para efeito* de concretização dessa garantia fundamental, **a natureza** do procedimento estatal instaurado **contra** aquele que sofre a ação persecutória do Estado.

Isso significa, *portanto* – **não constituindo demasia reiterá-lo** (**RTJ** 183/371-372, **p**. **ex**.) –, que, **em tema** de restrição à esfera jurídica **de qualquer**

cidadão (e, *com maior razão*, em matéria **de privação** da liberdade individual), **o Estado não pode exercer a sua autoridade** *de maneira abusiva* **ou** *arbitrária*, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado constitucional** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer medida** imposta pelo poder público – **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais – **exige a fiel observância** da garantia básica *do devido processo legal* (**CF**, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado** magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/176 **e** 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "**O Direito à Defesa na Constituição de 1988**", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva, *v.g.*).

Cumpre referir, *ainda*, **que a jurisprudência** desta Suprema Corte **já reconheceu** *ser direito* daquele que sofre persecução penal *escolher o seu próprio defensor* (**RTJ 117/91**, rel. min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 150/498-499**, rel. min. MOREIRA ALVES, *v.g.*), **sob pena** de a decisão judicial que lhe recusa tal prerrogativa jurídica **qualificar-se** como causa geradora *de nulidade processual absoluta*, **consoante se verifica** de decisões que restaram consubstanciadas em acórdãos assim ementados:

> *(...) **O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor**. **Essa liberdade de escolha traduz**, no plano da "persecutio criminis", **específica projeção** do postulado da amplitude de defesa **proclamado** pela Constituição.*
>
> ***Cumpre ao magistrado processante**, em não sendo possível ao defensor constituído assumir **ou** prosseguir no patrocínio da causa penal, **ordenar a intimação do réu** para que este, **querendo**, escolha **outro** advogado. **Antes de realizada** essa intimação – **ou enquanto** não exaurido o prazo nela assinalado – **não é lícito ao juiz** nomear defensor dativo **sem** expressa aquiescência do réu.* [**RTJ 142/477**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

> *(...) **A jurisprudência** desse Pretório **tem entendimento** firmado no sentido de que **o réu deve ser cientificado** da renúncia do mandato pelo advogado, **para que constitua outro**, **sob pena de nulidade** por cerceamento de defesa.*
>
> *"Habeas corpus" **deferido**.* [**HC 75.962/RJ**, rel. min. ILMAR GALVÃO – **Grifei**.]

O **outro** fundamento **do presente** "*habeas corpus*" **reside** na impugnação à dispensa, por iniciativa da autoridade judiciária processante, **de testemunhas** que o ora paciente arrolara *com a cláusula de imprescindibilidade*, **o que importou** em grave **cerceamento** ao direito de defesa do réu, **que ficou impossibilitado**, *assim*, **de exercer**, *em plenitude*, por intermédio de advogado *de sua própria escolha*, por ele previamente constituído, **o direito de comprovar** as suas alegações **perante** o Conselho de Sentença.

Cabe registrar *que o próprio* Ministério Público **concordara** com o adiamento da sessão de julgamento, **requerido** pelo ora paciente, **em face** da ausência de testemunha que, **arrolada** *com a nota de imprescindibilidade*, **deixara** de comparecer **por razões** de ordem médica **tempestivamente comprovadas** (fls. 114/115).

Tenho acentuado, em **diversas** decisões proferidas **nesta** Suprema Corte, *a essencialidade do direito à prova* (**inclusive** à prova testemunhal), **cuja inobservância**, *pelo poder público*, **qualifica-se** como causa de invalidação do procedimento estatal **instaurado** contra **qualquer** pessoa, *seja* em sede criminal (**como na espécie**), *seja* em sede meramente disciplinar, *seja*, ainda, em sede materialmente administrativa:

> *– **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade do princípio **que consagra** o "due process of law", **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo poder público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes**. **Doutrina**.*
>
> *– **Assiste**, ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanação** da própria garantia constitucional do "due process of law" (**CF**, art. 5º, LIV) – **independentemente**, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes (**CF**, art. 5º, LV), **inclusive o direito à prova**.*
>
> *– **Abrangência da cláusula constitucional** do "due process of law".* [**MS 26.358-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

A importância do direito à prova, *especialmente em sede processual penal*, **é ressaltada** pela doutrina (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES **e** ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "**As nulidades no processo penal**", p. 143/153, itens ns. 1 **a** 6, 10. ed., 2007, RT, *v.g.*), **como se vê** do claro magistério **expendido** pelo saudoso JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 492, item n. 209.2, 7. ed., 2000, Atlas):

> *Oferecido **tempestivamente** o rol de testemunhas pela parte, **até** o número permitido, **não tem o juiz o direito de indeferir a oitiva de qualquer uma delas**, **independentemente** de justificação **por parte** do arrolante, **sob o pretexto** de que se visa a procrastinação **ou** de que a pessoa arrolada **nada sabe** sobre os fatos, **nem mesmo** quando deve ser ouvida em carta precatória. (...) **Também não pode o juiz** dispensar a oitiva de testemunha **tempestivamente** arrolada **sem** a desistência da parte interessada; **ocorre**, **na hipótese**, **nulidade** por cerceamento da acusação **ou** defesa. **Trata-se**, aliás, **de nulidade que não** precisa ser arguida.* [**Grifei**.]

Essa orientação **reflete-se**, *por igual*, **na jurisprudência** dos Tribunais em geral, **valendo referir**, *ante a sua relevância*, julgados **que reconhecem** qualificar-se, *como causa geradora* de nulidade processual absoluta, **por ofensa** ao postulado constitucional do "*due process of law*", **a decisão judicial** que,

mediante "*exclusão indevida de testemunhas*", **compromete e impõe gravame** ao direito de defesa do réu, **sob a alegação** de que as testemunhas, **embora** tempestivamente arroladas **e** com **estrita** observância do limite máximo **permitido** em lei, **nada saberiam** sobre os fatos objeto da persecução penal **ou**, *então*, que a tomada de depoimento testemunhal constituiria manobra meramente protelatória do acusado (**RJDTACRIM/SP** 11/68-69 – **RJTJESP/LEX** 117/485 – **RT** 542/374 – **RT** 676/300 – **RT** 723/620 – **RT** 787/613-614, *v.g.*).

O fato é um só: por **representar** uma das projeções **concretizadoras** do *direito à prova*, **configurando**, *por isso mesmo*, **expressão** de uma inderrogável prerrogativa jurídica, **não pode ser negado**, ao réu – *que também não está obrigado* a justificar **ou** a declinar, **previamente**, as razões da necessidade do depoimento testemunhal –, **o direito** de ver inquiridas as testemunhas **que arrolou** em tempo oportuno **e** dentro do limite numérico legalmente admissível, *sob pena de inqualificável desrespeito* ao postulado constitucional do "*due process of law*":

> ***Prova – Testemunha – Oitiva indeferida por não ter o juiz se convencido das razões do arrolamento – Inadmissibilidade – Direito assegurado independentemente de justificação.***
>
> *– **Não pode o juiz indeferir** a oitiva de testemunha, **sob pena** de transgredir o direito límpido **que assiste** às partes de arrolar **qualquer** pessoa **que não se insira** nas proibidas, **independentemente** de justificação.* [**RT 639/289**, rel. des. ARY BELFORT – **Grifei**.]

> ***Cerceamento de defesa – Inquirição de testemunhas por rogatória indeferida a pretexto de ter intuito procrastinatório – Inadmissibilidade – Preliminar acolhida – Processo anulado – Inteligência do art. 222, e seus §§, do CPP.***
>
> *– **Não é permitido** ao juiz, **sem ofensa** ao preceito constitucional **que assegura** aos réus **ampla** defesa, **inadmitir** inquirição de testemunhas **por rogatória**, a pretexto de que objetiva o acusado procrastinar o andamento do processo.* [**RT 555/342-343**, rel. des. CUNHA CAMARGO – **Grifei**.]

É **certo** que o **não** comparecimento da testemunha ao plenário do júri **não** se qualifica, *ordinariamente*, como causa de adiamento da sessão, **exceto** se a parte (**como sucedeu** com o ora paciente) **houver requerido** a intimação de referida testemunha, "***declarando não prescindir** do depoimento **e indicando** a sua localização*" (**CPP**, art. 461, "*caput*", **na redação** dada pela Lei 11.689/2008 – **Grifei**).

No caso ora em exame, a testemunha – **arrolada** *com a cláusula de imprescindibilidade* – foi **regularmente** intimada, **mas deixou de comparecer** à sessão de julgamento, **providenciando**, *no entanto*, **mediante** atestado médico, **adequada** justificação para sua ausência.

Não obstante o réu (*o ora paciente*) **houvesse insistido** no depoimento **de referida** testemunha (fl. 114), **no que obteve aquiescência** *do próprio* Ministério Público (fls. 114/115), a juíza presidente do Tribunal do Júri **indeferiu** esse pleito **e determinou** *a imediata realização* do julgamento (fl. 115).

Esse comportamento processual da ilustre magistrada, **ainda** que motivado por sua disposição de realizar o julgamento em causa, **não tem**

o beneplácito do magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 998, item n. 455.1, 7. ed., 2000, Atlas; GUILHERME MADEIRA DEZEM **e** GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA, "**Nova Lei do Procedimento do Júri Comentada**", p. 95/96, item n. 54, 2008, Millennium; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN **e** JORGE ASSAF MALULY, "**Curso de Processo Penal**", p. 493, item n. 14.7.5.3.7, 4. ed., 2009, GEN/Forense; EDILSON MOUGENOT BONFIM, "**Júri: do Inquérito ao Plenário**", p. 174/175, item n. 6.1, 1994, Saraiva; ADRIANO MARREY, "**Teoria e Prática do Júri**", p. 341/342, item n. 18.01, **atualização** de doutrina por LUIZ ANTONIO GUIMARÃES MARREY, **coordenação** de ALBERTO SILVA FRANCO/RUI STOCO, 7. ed., 2000, RT; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Tribunal do Júri**", p. 160, item n. 3.5.2, 2008, RT; JOSÉ RUY BORGES PEREIRA, "**Tribunal do Júri: Crimes Dolosos Contra a Vida**", p. 340, 2. ed., 2000, Edipro; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "**Curso de Processo Penal**", p. 552, item n. 15.4.3.1, 9. ed., 2008, Lumen Juris; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "**Código de Processo Penal Comentado**", vol. 2/83, 4. ed., 1999, Saraiva, *v.g.*), **valendo rememorar**, *no ponto*, **a lição** – *sempre valiosa* – de DAMÁSIO DE JESUS ("**Código de Processo Penal Anotado**", p. 385, 23. ed., 2009, Saraiva):

> ***Ausência de testemunha. Se** arrolada **como imprescindível** e não comparece, **ou** é* conduzida coercitivamente ***ou** adiado o julgamento. O que o juiz **não pode** fazer é dispensá-la **contra** a vontade da parte (...).* [**Grifei**.]

Essa orientação doutrinária, *por sua vez*, **reflete-se** na jurisprudência dos Tribunais (**RT** 237/83 – **RT** 415/80 – **RJTJSP/Lex** 10/558), **inclusive** na desta Suprema Corte:

> *(...) **Júri. Testemunha arrolada como imprescindível. Se**, intimada, **não comparece** ao plenário, **ou** será mandada buscar para o ato, ou será adiado o julgamento. **Não pode o juiz, a despeito** da oposição do arrolante, **dispensar** em tal caso o depoimento, **sob a consideração** de que seria renovação inútil do anteriormente prestado no juízo de admissibilidade da acusação. **Anulação** do julgamento (...).* [**RTJ 92/371**, rel. min. DÉCIO MIRANDA – **Grifei**.]

Sendo assim, *e pelas razões expostas*, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para anular**, desde o julgamento, *inclusive*, pelo I Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, **o Processo-crime** 95.001.125281-2, **determinando**, *em consequência*, **que outro** julgamento seja realizado, **assegurando-se**, ao ora paciente, *de modo pleno*, **o exercício** do direito de defesa, **em ordem** *a que não mais se repitam* **as graves** nulidades processuais **registradas** na presente causa.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 96.905/RJ — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Cláudio Heleno dos Santos Lacerda. Impetrantes: Luiz Carlos da Silva Neto e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu 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 97.400 — MG

Relator: O sr. ministro Cezar Peluso

Paciente: Marco Aurélio Junqueira Stehling ou Marco Aurélio Junqueira Stheling — Impetrante: José Helvécio Ferreira da Silva — Coator: Superior Tribunal de Justiça

1. Ação penal. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização. A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável.

2. Ação penal. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade do agente voltada para o crime. Base empírica. Inexistência. Não caracterização. Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente.

3. Ação penal. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Consequências do delito. Elevação da pena-base. Idoneidade. Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP. *Habeas corpus* concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente. É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão só pelas consequências do delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder parcialmente a ordem, julgado prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator. Ausente, licenciado, neste julgamento, o ministro Celso de Mello.

Brasília, 2 de fevereiro de 2010 — Cezar Peluso, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marco Aurélio Junqueira Stehling* ou *Marco Aurélio Junqueira Stheling*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a ordem no **HC 97.447**.

O paciente foi condenado à pena de seis anos e oito meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 168, § 1º, III, c/c art. 71 (oito vezes), ambos do Código Penal.

Interpôs-se apelação defensiva, a que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento para, reduzindo a pena-base de três para dois anos e seis meses, fixar a pena definitiva em quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão.

Foi interposto recurso especial, não admitido.

A defesa ingressou, então, com pedido de *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça, lá registrado como **HC 97.447**. A Quinta Turma denegou a ordem, em acórdão cuja ementa a seguir se transcreve:

> *Penal. Habeas corpus. Apropriação indébita. Fixação da pena-base. Exasperação. Circunstância judicial desfavorável. Elevado prejuízo causado à vítima. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Possibilidade. Recursos excepcionais. Efeito devolutivo.*
>
> I – A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados **(Precedentes do STF e STJ)**.
>
> II – **Entretanto**, não há ilegalidade na decisão que, analisando as circunstâncias do art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (**Precedentes**). **Na hipótese**, imperioso considerar o relevante prejuízo causado à vítima (R$ 180.000,00 – cento e oitenta mil reais), bem como o fato de esta residir em outro país.
>
> III – De outro lado, contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabem, tão somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. (Precedentes do **Pretório Excelso** e do STJ/**Súmula n. 267-STJ**).
>
> IV – "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência." (**HC** 90.645/PE, **Primeira Turma**, Rel. p/ acórdão Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 14-11-2007).
>
> Ordem denegada. [Fl. 314.]

Alega o impetrante que houve indevida exasperação da pena-base, em razão de que "os motivos que serviram de base à fixação de pena-base são fragilíssimo [*sic*], além de integrarem o tipo penal do artigo 168 do Código Penal" (fl. 7).

Aduz, portanto, que, desconsideradas todas as circunstâncias judiciais negativamente valoradas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal,

perfazendo dois anos e quatro meses e possibilitando a substituição por pena restritiva de direitos.

Requer a redução da pena imposta, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Indeferi a liminar (fls. 342-344).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 358-366).

A defesa interpôs agravo regimental contra o indeferimento da medida liminar (fls. 353-356).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (relator): **1**. É consistente, em parte, o pedido.

Cuida-se, em síntese, de verificar se a exasperação da pena-base, nos termos determinados pelo acórdão do Tribunal local, possui fundamentação idônea. Para tanto, transcrevo, os trechos pertinentes da sentença condenatória:

> Assim, considerando: que presumo bons seus antecedentes, em razão do princípio da presunção de inocência; que foi intensa a sua culpabilidade, já que agiu interna e externamente visando resultado final lucrativo; que a sua conduta social sofre restrição na prova colhida, haja vista que teve diversas passagens pela polícia e respondeu a processos em outras Varas; que a sua personalidade é da pessoa com a índole voltada para o crime; que não existiam motivos para o crime, senão a sua ganância e intenção de obter ganho fácil; que inexistem circunstâncias judiciais a serem apreciadas; que o comportamento da vítima em nada influiu para o fato delituoso; que foram graves as circunstâncias do crime, em razão do montante apropriado e do relevante prejuízo causado a vítima; que não existem referências sobre sua condição econômica e financeira; na primeira fase, fixo-lhe a pena-base da pena privativa em 3 (três) anos de reclusão e, da pecuniária, em 30 (trinta) dias-multa, a razão de um trigésimo do salário mínimo a fração do dia-multa. [Fl. 166.]

Ao prover, em parte, a apelação defensiva, o acórdão redimensionou a pena-base nos seguintes termos:

> Com apoio em escorreita análise das circunstâncias judiciais procedida na sentença, que aqui ratifico, tendo em conta especialmente o alto prejuízo provocado à vítima e à sua manutenção em erro, aproveitando-se o apelante do fato de residir ela na distante Alemanha, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa [Fl. 474.]

Conquanto já tenha afirmado que "não aparece como ilegal a sentença condenatória que eleva a pena à vista de circunstâncias desfavoráveis que, com apoio na lei, enuncia expressamente" (**HC 88.284**, rel. min. **Cezar Peluso**, LEXSTF, v. 29, n. 346, 2007, p. 390-398), verifico que o acórdão da apelação, ao corroborar integralmente as circunstâncias apontadas na sentença, considerou, para calcular

a pena-base, três circunstâncias desfavoráveis: a conduta social, a personalidade do paciente e as consequências do crime. Cumpre analisá-las separadamente.

2. A conduta social foi reputada desfavorável pelo fato de o ora paciente ter "diversas passagens pela polícia e respondeu a processos em outras Varas" (fl. 166).

Ora, ainda que o paciente apresentasse condenações anteriores, transitadas em julgado, tais fatos não poderiam repercutir na avaliação da *conduta social*, circunstância que se refere, antes, à relação do sentenciado com o meio social. Em outras palavras, tais fatos não podem caracterizar *conduta social negativa*, para efeito do que determina o art. 59 do Código Penal.

Lecionam, a propósito, **Alberto Silva Franco** e **Juliana Belloque**:

> A conduta social deve ser avaliada enquanto o comportamento desenvolvido pelo agente na comunidade em que vive, abrangendo as suas relações familiares e de vizinhança, o seu modo de vida no trabalho e nos espaços comunitários de lazer, as condutas que – de maneira recorrente – apresenta no inter-relacionamento humano e social.[1]

Isso não significa que eventuais condenações não poderiam ser consideradas pelo juízo sentenciante na fixação da pena-base. O mesmo art. 59 prevê os *antecedentes* como circunstância judicial diversa, representando "apenas um fato menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais".[2]

Tenho, contudo, que a sentença não pode observar a existência de inquéritos ou processos em andamento como justificativa para agravar a condenação, sob pena de afronta direta ao princípio constitucional de presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). E, no caso, a decisão de primeiro grau refere-se, expressamente, à primariedade do sentenciado (fl. 166).

Embora a discussão acerca da possibilidade de consideração de inquéritos e ações penais em curso como maus antecedentes já tenha repercussão geral reconhecida nesta Corte (**RE 591.054**, rel. min. **Marco Aurélio**), não me parece razoável, diante da urgência inerente à via eleita, aguardar a decisão definitiva do Plenário sobre o tema, para, só então, proceder ao julgamento do mérito deste *writ*. Ademais, já pude manifestar-me sobre o assunto, posto superficialmente, na sessão de julgamento dos **HC 94.620 e HC 94.680** (rel. min. **Ricardo Lewandowski**), interrompida por pedido de vista.

Levando em consideração o reconhecimento expresso da primariedade do paciente, merecem afastados os maus antecedentes como circunstância judicial apta a aumentar a pena-base.

---

[1] In: FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 345.

[2] Idem, ibidem, p. 344.

3. Quanto à *personalidade do agente,* aplica-se idêntico raciocínio. A circunstância foi reputada negativa – "voltada para o crime" –, sem que, no entanto, se fizesse qualquer referência a elementos aptos a fundamentar tal conclusão.

Quanto à necessidade de fundamentação efetiva na avaliação das circunstâncias judiciais, cito decisão da lavra do ministro **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.]

No caso, a total ausência de base empírica para justificar o diagnóstico do juízo quanto à personalidade do paciente induz à conclusão de que, para tanto, foram considerados tão somente os inquéritos e ações penais pretéritos, ainda em curso, mas pendentes de trânsito em julgado. Dessa forma, pelas mesmas razões aduzidas no item anterior, o reconhecimento dessa circunstância judicial e o consequente aumento de pena devem ser desconsiderados.

4. Restam, por fim, as *consequências do delito*. Esta circunstância, diversamente das anteriores, subsiste e é capaz de elevar o *quantum* fixado na primeira fase de fixação da pena. Não constitui, no entanto, elemento que justifique a exasperação da pena-base acima do dobro do mínimo legal.

Incontroverso que a prática criminosa implicou grande prejuízo à vítima, alcançando a cifra de R$ 180.000,00 indevidamente apropriados pelo paciente. É de se notar, ainda, que tal circunstância recebeu particular relevo do acórdão do Tribunal local, que a considerou responsável pela maior parcela de aumento da pena-base.

5. A decisão do Tribunal local fixou a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, e 25 dias-multa (fl. 223). Excluindo a consideração das circunstâncias judiciais aqui reputadas ilegais, e considerando o maior relevo conferido às circunstâncias do crime, fixo a pena-base do paciente em **dois anos e vinte dias-multa**.

Na segunda fase de aplicação da pena, mantenho os termos do acórdão de apelação, que reduziu a pena, em razão da atenuante da confissão, em seis meses e cinco dias-multa, totalizando um ano e seis meses e quinze dias-multa.

Na terceira fase, mantendo inalteradas as frações estabelecidas pelo Tribunal local, a causa de aumento de pena prevista no § 1º, III, do art. 168 do Código Penal, impõe o aumento da pena em 1/3, perfazendo dois anos e vinte dias-multa; e o concurso formal entre os crimes conduz a novo aumento, agora em 2/3, tornando definitiva a condenação em **três anos e quatro meses e 33 dias-multa**.

Finalmente, quanto ao pedido de substituição da pena, não há, nos autos, elementos suficientes a demonstrar que o paciente preenche as condições

objetivas de concessão do benefício. Assim, tal análise deverá ser realizada pelo juízo de primeiro grau.

6. Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para fixar a pena imposta ao paciente em **três anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 33 dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário mínimo**. Determino, ainda, sejam os autos remetidos ao 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.

Por fim, **julgo prejudicado** o agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

HC 97.400/MG — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Marco Aurélio Junqueira Stehling ou Marco Aurélio Junqueira Stheling. Impetrante: José Helvécio Ferreira da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Concedida parcialmente a ordem, julgado prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator. Votação unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o ministro Celso de Mello.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Eros Grau. Ausente, licenciado, o ministro Celso de Mello. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 2 de fevereiro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

HABEAS CORPUS 101.528 — PA

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Paciente: João Adelino Pereira Félix — Impetrante: Wilson Lindberg Silva — Coator: Presidente da República

***Habeas corpus*. Estrangeiro. Decreto de expulsão. Ato emanado do presidente da República antes da edição do Decreto 3.447, de 5-5-2000. Competência do Supremo Tribunal Federal para apreciação do *writ*. Alegado vício de nulidade por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Inexpulsabilidade. Condição jurídica sujeita a constantes alterações. Existência de pedido de revogação do ato administrativo de expulsão em curso no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça. Pleito a ser examinado com base em relatório de diligências, a fim de se confirmar a efetiva manutenção da prole brasileira ou o casamento de fato e de direito. Prisão cautelar-administrativa do paciente. Desnecessidade. Ordem concedida em parte.**

1. Tendo em vista que o decreto de expulsão é atribuível ao presidente da República, resta evidenciada a competência do STF para apreciar o pedido de *habeas corpus*.

2. Afigura-se perfeitamente válido, gerando efeitos até os dias atuais, decreto expulsório precedido da instauração do competente inquérito administrativo em que oportunizado ao paciente o pleno exercício do direito de defesa.

3. Existência de pedido de revogação do ato administrativo em curso no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça.

4. Desnecessidade e ausência de fundamentação hábil a ensejar a custódia administrativa do paciente, que deverá aguardar em liberdade a conclusão do pedido de revogação do ato administrativo de expulsão.

5. *Writ* parcialmente deferido.

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 conceder, em parte, o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 9 de dezembro de 2010 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Wilson Lindberg Silva em favor de João Adelino Pereira Félix, buscando, liminarmente, a revogação da prisão cautelar-administrativa (art. 61 da Lei 6.815/1980) decretada pelo juízo da 3ª Vara Criminal Federal do Pará/PA, bem como para que "não seja concretizada a sua retirada compulsória do território nacional, em decorrência do Decreto de Expulsão (...) enquanto não houver o julgamento do mérito do presente *Habeas Corpus* (...)" (fl. 15).

Aponta como autoridade coatora o presidente da República, que decretou a expulsão do paciente do território nacional, em ato publicado no *Diário Oficial da União* de 9-4-1981, originário do Processo 35.765, de 1980.

Sustenta o impetrante, inicialmente, que "o decreto de prisão administrativa foi proferido sem qualquer fundamento jurídico plausível a justificar a medida constritiva de liberdade do paciente, uma vez que possui família constituída e residência fixa no território nacional há 07 anos, exercendo atividade laboral lícita e de maneira regular, na qualidade de taxista, o que faz inexistir qualquer indício de que pretenda frustrar eventual procedimento de expulsão ou evadir-se do território brasileiro. Noutro giro, restou evidente a intenção do Paciente em legalizar sua situação no País, principalmente pelo fato de possuir esposa, filha e amigos, vínculos estes permanentes e indissolúveis" (fls. 6/7).

Afirma, em síntese, que o decreto de expulsão do paciente encontra-se eivado de nulidade absoluta, que impede a sua validação a qualquer tempo e, portanto, está passível de revogação. Aduz, para tanto, o desrespeito ao devido processo legal, uma vez que foi negado ao paciente o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa, à época da expedição do decreto de expulsão (fls. 7/8).

Requer, liminarmente, que se determine "a imediata libertação do Paciente, com a expedição do competente alvará de soltura, a fim de que permaneça livre até o julgamento definitivo desta ordem (...)" bem como "não seja concretizada a sua retirada compulsória do território nacional, em decorrência do Decreto de Expulsão" (fl. 14). No mérito, pede a concessão da ordem para revogar "definitivamente a prisão administrativa imposta ao Paciente, bem como decretar a *nulidade* do Decreto de Expulsão, publicado no *Diário Oficial da União* de 9-4-1981, originário do processo n. 35.765 de 1980 (...)" (fl. 15).

Em 12-11-2009, deferi o pedido de liminar, solicitei informações ao Ministério da Justiça e determinei que se oficiasse ao juízo de origem (fls. 166 a 171).

As informações foram prestadas às fls. 185 a 187 e 193 a 340, respectivamente.

A Advocacia-Geral da União interpôs agravo regimental (fls. 346 a 357) contra a decisão monocrática que deferiu o pedido de liminar.

Em 1º-2-2010, recebi o agravo como pedido de reconsideração e o indeferi (fl. 359).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi**, opinou pela denegação da ordem (fls. 362 a 371).

Requisitadas informações complementares ao Ministério da Justiça (fl. 376), foram elas devidamente prestadas (fls. 391 a 395).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do presidente da República, que decretou a expulsão do paciente do território nacional, em ato publicado no *Diário Oficial da União* de 9-4-1981, originário do Processo 35.765, de 1980.

Narra o impetrante, na inicial, que:

> 1. O Paciente é português nato e, na tentativa de progresso financeiro, migrou para o Brasil.
>
> 2. À revelia do Paciente, tramitou o processo de Expulsão de Estrangeiro em seu desfavor e que, sem sua oitiva, sem a apresentação de documentos probatórios e sem oportunizar-lhe defesa, culminou com a publicação do Decreto de Expulsão n. 35.765/1980, publicado no *DOU* de 9-4-1981 nos seguintes termos:
>
> > O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 65 da Lei número 6.815, de 19 de agosto de 1980, e tendo em vista que consta do processo n. 35.765, de 1980, do Ministério da Justiça, resolve:
> >
> > *Expulsar* do território brasileiro, na conformidade dos arts. 64 e 66 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, *João Adelino Pereira Félix*, de nacionalidade portuguesa, filho de Antônio Pereira Félix e Lídia da Graça Pereira Félix, nascido em Aveiro, Portugal, aos 08 de janeiro de 1954, que residia no Estado do Mato Grosso do Sul e se encontra em local incerto e não sabido.
> >
> > Brasília, 08 de abril de 1981, 160º da Independência e 93º da República. *João Figueiredo*.
>
> 3. Diante da Publicação do Decreto Presidencial de Expulsão, ocorrida durante a ditadura militar, e em frontal violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o Paciente foi expulso do país em 2-6-1981, conforme faz prova o Termo de Expulsão em anexo.
>
> 4. Decorridos aproximadamente 20 anos de sua expulsão do Brasil e imaginando inexistir pena imprescritível no direito brasileiro, em 20-10-2002, o Paciente reingressou ao território nacional e, mediante a apresentação de seu passaporte, nele permaneceu sem qualquer ressalva. Este fato repetiu-se em 17-11-2002, 16-12-2002 e 17-1-2003.
>
> 5. Em todas as oportunidades acima, o Paciente dirigiu-se livremente ao setor de imigração da Polícia Federal e apresentou toda a sua documentação, sem ser informado de qualquer restrição à sua entrada no País.
>
> 6. Vale lembrar que o regresso do Paciente ao Brasil deu-se unicamente em razão dos laços afetivos e de amizade aqui estabelecidos, inclusive, com uma filha nascida em 8-11-1975, *Ana Paula Araújo Félix*, conforme faz prova cópia de sua Certidão de Nascimento e a Carteira Nacional de Habilitação anexas.

7. Diante da ausência de qualquer restrição ao seu ingresso no País e com o conhecimento da sanção presidencial à Lei da Anistia Migratória, o Paciente dirigiu-se à Delegacia da Polícia Federal na cidade de Belém/PA, onde reside, para informar-se do procedimento necessário à sua regularização. Nesta oportunidade, conforme faz prova cópia do Auto de Prisão em Flagrante, em anexo, o Paciente foi autuado em flagrante, mesmo com sua ida voluntária àquele órgão, o que se comprova com as próprias afirmações do Agente da Polícia Federal responsável por sua condução.

(...)

10. Mesmo diante da ausência de qualquer intenção de evadir-se do território nacional e sem qualquer justificativa plausível para o decreto prisional, já que se apresentou espontaneamente à autoridade policial buscando a regularização de sua situação no Brasil, o Paciente foi preso em flagrante.

11. Cumpre ressaltar que o Ministério Público Federal no Estado do Pará manifestou-se claramente acerca da desnecessidade da manutenção da prisão em flagrante no caso em apreço, diante da inexistência de fundamentos que justifiquem o encarceramento do Paciente, uma vez que a expulsão ocorreu há mais de 20 anos e, há 07 anos, o estrangeiro vem desenvolvendo atividades lícitas em território nacional, sem registro de qualquer conduta que desabone seu caráter, razão pela qual requereu a concessão da liberdade provisória.

12. Dessa forma, o MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Belém, verificando o preenchimento dos requisitos, concedeu Liberdade Provisória com fiança ao Paciente, o qual efetivou o recolhimento do valor arbitrado em R$ 500,00 (quinhentos reais).

13. Contudo, diante da requisição da prisão preventiva ou temporária do Paciente formulada pela autoridade policial, o douto magistrado reconheceu a inexistência dos requisitos para prisão cautelar-penal, entretanto, houve por bem decretar prisão cautelar-administrativa, pelo prazo de 60 dias, nos termos do art. 61, da Lei 6.815/80, **razão pela qual se encontra preso até a presente data**. [Fls. 3 a 6.]

Inicialmente, reafirmo a competência desta Suprema Corte para julgamento do presente *habeas corpus*.

Isso porque a competência da expulsão é exclusiva do presidente da República (Lei 6.815/1980, art. 66), com delegação desses poderes ao ministro de Estado da Justiça, a partir do Decreto 3.447/2000 (art. 1º).

O fato de o presidente da República delegar ao ministro de Estado da Justiça, mediante ato administrativo por ele próprio assinado, o exercício da competência legal de expulsão de estrangeiro não implica disposição da própria competência.

No caso vertente, ademais, o decreto de expulsão foi expedido pelo então presidente da República, João Baptista de Oliveira Figueiredo, aos 8-4-1981, antes, portanto, da previsão de delegação do exercício da competência legal ao ministro de Estado da Justiça, sem que se tenha indicado qualquer ato posterior a ele atribuível, a ensejar a impetração do remédio constitucional em relação a essa autoridade perante o Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, ademais, as decisões daquela Corte Superior, *in verbis*:

Habeas corpus. Expulsão de estrangeiro do território nacional. Decreto de expulsão expedido pelo Presidente da República antes da delegação de poderes ao Ministro de Estado de Justiça prevista no Decreto n. 3.447/2000. Ausência de ato imputável ao Ministro de Estado da Justiça. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

1. Trata-se de *habeas corpus* fundado na iminência de constrangimento ilegal decorrente da prisão administrativa de estrangeiro prevista no art. 69 da Lei 6.815/80, bem como na expulsão desse estrangeiro do território nacional, argumentando o impetrante que o art. 75, II, *a* da referida legislação confere ao paciente o direito de permanência no Brasil por possuir cônjuge e filhos brasileiros.

2. A impetração do *habeas corpus* deve ser dirigida contra a autoridade que, no exercício de atribuições do Poder Público, responde pela prática do ato impugnado.

3. *In casu*, apesar de o impetrante alegar que o presente *habeas corpus* não se dirige contra processo de expulsão em si, verifica-se que o pedido da exordial é a revogação do decreto de expulsão assinado pelo então Presidente da República Ernesto Geisel, por suposta ilegalidade, haja vista a existência de prole brasileira que vive sob sua dependência econômica. Diante desse fato, revela-se a ilegitimidade do Ministro da Justiça para integrar o polo passivo da presente impetração.

4. Outrossim, sobreleva notar que o presente *writ* foi impetrado em face do Ministro de Estado da Justiça sem que houvesse indicação de qualquer ato atribuível ao impetrado que tenha sido praticado após a edição do Decreto n. 3.447, de 5 de maio de 2000, que delegou competência ao Ministro da Justiça para decidir sobre a expulsão de estrangeiro.

5. Apreciando questão análoga, esta Primeira Seção já se posicionou no sentido de que, quando o decreto de expulsão é atribuível ao Presidente da República, resta evidenciada a ilegitimidade do Ministro de Estado da Justiça para integrar o polo passivo da impetração, e, por conseguinte, a incompetência desta Corte para apreciação do pedido de *habeas corpus*. Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados: HC 106.017/DF, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJE* 28-10-2008; AgRg no HC 42.344/DF, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, *DJ* 27-6-2005.

6. Impende ressaltar, ainda, que a prisão administrativa de estrangeiro submetido a processo de expulsão, prevista no Estatuto do Estrangeiro, não pode mais ser determinada pelo Ministro da Justiça, porquanto o art. 69 da referida norma é manifestamente incompatível com o texto constitucional disposto no art. 5º, *caput*, inciso LXI. Sendo assim, a alegação do impetrante de constrangimento ilegal fundado na decretação de prisão para fins de expulsão a ser proferida pelo Ministro de Estado da Justiça se mostra de todo desarrazoada, porquanto como medida excepcional de restrição da liberdade e acautelatória do procedimento de expulsão somente será admitida mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, nos termos da ordem constitucional vigente.

7. *Habeas corpus* extinto, sem julgamento de mérito, cassando-se a liminar anteriormente deferida. Prejudicado o agravo regimental de iniciativa da União. [HC n. 134.195/DF, Primeira Seção, da relatoria do Min. **Mauro Campbell Marques**, *DJE* de 3-8-2009.]

No caso, embora seja da competência exclusiva do presidente da República, por meio de decreto, "resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação", mesmo havendo "processo ou tenha ocorrido condenação" (arts. 66 e 67 da Lei 6.815/1980), impõe-se ao Poder Judiciário o exame

da legalidade e da constitucionalidade do ato de expulsão, assim como do procedimento que lhe deu ensejo (HC 82.893/SP, Tribunal Pleno, relator o ministro **Cezar Peluso**, *DJ* de 8-4-2005).

Como visto, o paciente, nacional português, com decreto de expulsão do Brasil (Decreto presidencial de 2-6-1981, fl. 19), parece ter cumprido a ordem expulsória, mas retornado ao território nacional brasileiro em diversas oportunidades (20-10-2002, 17-11-2002, 16-2-2002 e 17-1-2003). Sucede que, em 15-9-2009, ao comparecer à Delegacia de Polícia Federal em Belém/PA, foi autuado em flagrante pelo cometimento do crime previsto no art. 338 do Código Penal, pelo qual está sendo processado junto à 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Pará (fl. 152).

Concedida a liberdade provisória ao paciente, posteriormente foi decretada a sua prisão cautelar-administrativa, pelo prazo de sessenta dias, nos termos do art. 61 da Lei 6.815/1980 (fls. 85 a 87).

Não se vislumbra, na espécie, irregularidade no procedimento administrativo instaurado para a expulsão do paciente.

Como bem destacado no parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi** (fls. 362/371), *in verbis*:

> Sabe-se que o instituto da expulsão, disciplinado pelos arts. 65 a 75 da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), consiste na retirada compulsória de um estrangeiro do território nacional, motivada pela prática de um crime cometido no país ou por conduta incompatível com os interesses da sociedade brasileira. E a expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem cabe julgar a conveniência e oportunidade da decretação da medida ou, se houver por bem, de sua revogação.
>
> Em razão disso, ao Judiciário não compete examinar o mérito da decisão presidencial, mas apenas a apreciação sob o aspecto formal e a constatação da existência ou não de vícios nulificantes do ato expulsório.
>
> No presente caso, depreende-se, mais exatamente dos elementos fornecidos pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, órgão ao qual está afeta a controvérsia, que a expulsão do súdito português foi decretada com observância de todos os pressupostos legais, tendo sido o ato inquinado publicado na imprensa oficial com fundamento em normas que regem a matéria.
>
> Conforme as referidas informações, verificou-se, por meio de consulta ao banco de dados do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça e da Polícia Federal, a existência de pedido de permanência definitiva, formulado em favor do paciente com base no fato de haver casado com uma brasileira. O pleito foi indeferido por não atender o quanto disposto no art. 75, II, *a*, da Lei n. 6.815/80.
>
> Constatou-se, ainda, a existência de procedimento administrativo referente a inquérito expulsório deflagrado contra o paciente em 12 de janeiro de 1981, integrante do Dossiê n. 0060618-9, do qual o Diretor do Departamento de Estrangeiros extraiu conclusão no sentido da plena regularidade do expediente. É o que consta de suas informações, *verbis* (fls. 199/203):
>
> > 17. Compulsando os elementos constantes do expediente supra, restou verificado que segundo consta da denúncia, no dia 18 de abril de 1980, o nominado subtraiu da casa comercial *Kalil Abrão – Caça e Pesca* – mediante

concurso de pessoas, um motor de popa, marca Jhonson, de 9,9 Hp, que se encontrava em exposição na porta do referido estabelecimento.

18. Em 13 de agosto de 1980, foi proferida Sentença pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campo Grande/MS, que condenou o Estrangeiro a uma pena restritiva de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de multa no importe de Cr$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros), tendo em vista a prática do tipo descrito no **art. 155, § 4º, inciso IV, c/c art. 25, todos do Código Penal brasileiro**, transitada em julgado em **2-9-1980**.

19. Em decorrência do fato supra, e por delegação de competência do Senhor Ministro da Justiça, por Despacho datado de 05 de dezembro de 1980 o Sr. Secretário Geral do Ministério da Justiça determinou a instauração de inquérito de expulsão em desfavor do nominado.

20. À vista da notícia de que o expulsando havia fugido da Casa do Albergado de Campo Grande/MS no dia 19 de setembro de 1980, e que se encontrava em local incerto e não sabido, **foi publicado Edital de Citação** com vistas à notificação do expulsando para ciência dos atos e apresentação **da competente defesa escrita nos autos do inquérito de expulsão**.

21. Tendo em conta a inércia do Estrangeiro, foi nomeado defensor dativo que apresentou defesa técnica alegando, em síntese, que a personalidade do indiciado não indica periculosidade, bem assim ressaltando a primariedade e a falta de antecedentes criminais capazes de inspirar a medida compulsória.

22. No entanto, e em estrita observância ao que dispõe a Lei n. 6.815/80, foi determinada a expulsão do nominado por meio do Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União de 9 de abril de 1981 e, posteriormente, localizado o expulsando, a medida compulsória foi efetivada em 2 de junho de 1981, ocasião em que embarcou com destino à Lisboa/Portugal na condição de **estrangeiro expulso**.

(...)

35. O ato administrativo vergastado não é ilegal, porque previsto na Lei n. 6.815/80. Também não é abusivo porque foram observados tanto o princípio do contraditório quanto o da ampla defesa, sendo certo que não se apresentou o Autor para justificar-se e, sequer, dignou-se a constituir Defensor para tal fim. Logo, razoável é o entendimento de que o ato administrativo combatido não é passível de correção na forma suscitada, isto porque perfeito e acabado, pronto para gerar os efeitos dali decorrentes, **inclusive o impedimento de retorno ao País sob pena de incidência do previsto no art. 338 do Código Penal e**, nesse caso, a *reefetivação* da medida, sem a necessidade de novo procedimento.

36. Absolutamente irrelevante e desprovido de qualquer fundamento legal é o argumento de que o procedimento administrativo de expulsão transcorreu à época em que vigia a *ditadura militar*, como se fosse suficiente, por si só, para demonstrar no caso concreto *frontal violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa*. Ora, à época, o Paciente foi submetido a um Juízo Criminal competente por ter cometido crime comum segundo o ordenamento jurídico vigente; e com base nesse mesmo ordenamento jurídico estabelecido é que foi indiciado e condenado, além do que, sob a mesma ordem legal, foi submetido a regular procedimento administrativo e, expulso (grifos constantes do original).

> Vê-se, a partir dessas informações, que não padece o decreto expulsório de qualquer ilegalidade a ser sanada por meio deste *writ*, pois ao contrário do que procura fazer crer a inicial, foi assegurado ao expulsando o devido processo legal, com a instauração do competente inquérito administrativo, em que oportunizado o pleno exercício do direito de defesa. O certo é que o paciente evadiu-se do estabelecimento prisional em que cumpria pena privativa de liberdade, permaneceu foragido com o intuito de esquivar-se da submissão ao procedimento expulsório, deixando de constituir defensor para justificar-se, muito embora devidamente citado por edital para ciência dos atos e oferta da defesa escrita.

Anote-se, por outro lado, que a Lei 6.815/1980, antes de ser alterada pela Lei 6.964, de 9-12-1981, não vedava, em seu art. 74, a expulsão de estrangeiro casado com brasileira nem com filho brasileiro, pelo que, à época, ainda que comprovado que o estrangeiro era casado e mantinha prole, o ato foi perfeitamente válido e legítimo, gerando, por isso, efeitos até os dias atuais.

Tampouco restou demonstrado ônus de incumbência do interessado na permanência em território nacional, que estivesse a filha menor do paciente sob sua guarda ou dele dependesse economicamente. Ademais, embora casado com brasileira, encontrava-se o réu separado de fato, residindo essa no exterior.

Observe-se ainda que, nesse contexto, não bastam meras alegações e cópias de documentos, sendo necessário verificar se, de fato, o paciente encontrava-se amparado pelo instituto da inexpulsabilidade, o que se mostrava possível apenas mediante a realização de diligências pela autoridade policial, sem prévio aviso, com vistas à confirmação das condições necessárias ao reconhecimento da impossibilidade de expulsão.

Não se pode esquecer que a condição jurídica da inexpulsabilidade está sujeita a constantes alterações e que somente a administração, por meio de procedimento específico, é capaz de verificar a manutenção dos requisitos legais que a ensejam.

De todo modo, há notícia quanto à existência de pedido de revogação do ato administrativo de expulsão em trâmite no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, protocolizado em 11 de novembro de 2009 e ainda pendente de decisão final perante a autoridade competente.

Observo que, a despeito da inexistência de violação ao exercício do direito de defesa e ao contraditório pelo extraditando, que veio a empreender fuga durante o cumprimento de pena privativa de liberdade que lhe fora imposta pela prática de crime de furto no ano de 1980, não mais se justifica a custódia administrativa do paciente, **que deverá permanecer em liberdade vigiada, até final decisão do pedido de permanência definitiva ainda em trâmite** (Protocolo/MJ 08364.001921/2002-42).

Como se infere do disposto no art. 69 da Lei 6.815/1980, a privação de liberdade do expulsando é facultativa, devendo, ademais, ser convenientemente fundamentada (cf. Mirtô Fraga, **Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 255) e absolutamente indispensável, o que não

se verifica na espécie, permanecendo o réu em endereço certo e conhecido, exercendo atividade laborativa lícita em território nacional, com o devido comparecimento aos atos e termos da ação penal em trâmite perante a Seção Judiciária do Pará, não se justificando, neste momento, qualquer restrição à sua liberdade individual.

Nesses termos, concedo, em parte, a ordem, para afastar a prisão administrativa do paciente até o julgamento final do processo administrativo em que pede a revogação do ato administrativo de expulsão.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 101.528/PA — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: João Adelino Pereira Félix. Impetrante: Wilson Lindberg Silva. Coator: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, concedeu em parte o *habeas corpus*. Ausentes, neste julgamento, o ministro Celso de Mello e a ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso.

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.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 104.723 — SP

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Recorrente: Evandro Corrêa Baradel — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Arts. 133 e 5º, inciso LV, da CB/1988. Trânsito em julgado de decisão que negou provimento a recurso de apelação interposto pela defesa. Falecimento do único advogado constituído, resultando impossibilitada a intimação do acórdão. Violação ao contraditório e à ampla defesa. Desconstituição do trânsito em julgado e devolução do prazo recursal. Manutenção da liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal.

1. A Constituição da República determina que "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133). É por intermédio dele que se exerce "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV).

2. O falecimento do patrono do réu, dias antes da publicação do acórdão do TJ, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação ao contraditório e à ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem como a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 23 de novembro de 2010 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto pela advogada Sheila Higa em favor de **Evandro Corrêa Baradel**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

proferido no julgamento do HC 100.598/SP, relator o ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, impetrado àquela Corte.

O paciente foi denunciado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal.

Em 23-6-2005, o juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Santo André/SP condenou o paciente à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e multa (fls. 168/176).

O paciente interpôs recurso de apelação, tendo a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 18-5-2007, negado provimento ao recurso (fls. 202/232).

Ressalta, também, a impetração do HC 100.598/SP perante o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem (fls. 426/432).

Argumenta o recorrente, em síntese, a nulidade da intimação do defensor constituído pelo réu do v. acórdão prolatado na apelação julgada pelo TJSP, aduzindo que

> ao negar provimento ao apelo interposto, em julgamento realizado em **18 de maio de 2007**, foi mantido o regime inicial para cumprimento da pena imposta, ocasião em que determinada a expedição do mandado de prisão. Tal decisão transitou em julgado **26 de julho de 2007**, já que não interposto pela defesa os recursos legais cabíveis.
>
> A não oposição de embargos declaratórios ou a interposição do recurso especial e/ou extraordinário pelo causídico constituído pelo *recorrente*, dr. Roberto Camilo Ramalho, não foi possível porque, na data da publicação do acórdão condenatório na Imprensa Oficial (**11 de julho de 2007**), tal profissional havia falecido.
>
> A certidão de óbito comprova com exatidão que o óbito do defensor do *recorrente* ocorreu em 6 de julho de 2007, isto é, antes da publicação do v. acórdão, e do início da contagem do prazo para interposição de recursos.
>
> E, desde então, o *recorrente* ficou indefeso, pois, sem defensor para exercer a sua defesa técnica. Inegável que não houve defesa, já que o advogado que o *recorrente* havia constituído morreu.
>
> Logo, trata-se de uma nulidade absoluta, que prescinde inclusive de comprovação do prejuízo, *ex vi* o teor da Súmula 523 do STF. [Fls. 452/453 – destaques no original.]

Assim, requer "seja deferida liminar para que seja suspenso os efeitos da decisão colegiada, expedindo-se imediato contramandado de prisão ou alvará de soltura, se preso for, pois é injustificável que o *recorrente* permaneça encarcerado por um processo eivado de nulidades" (fl. 462).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, opinou o ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi** pelo provimento do presente recurso, sem prejuízo da execução da pena já imposta pelas instâncias ordinárias (fls. 486/490).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* tirado contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 101.598/SP, da relatoria do ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, impetrado àquela Corte.

Eis a ementa da decisão impugnada (fl. 431):

> *Habeas corpus liberatório. Roubo circunstanciado em concurso formal. Pena total: 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão. Regime inicial fechado. Cerceamento de defesa inexistente. Publicação do resultado do julgamento da apelação em nome de advogado falecido. Ausência de comunicação ao juízo ou ao tribunal. Inocorrência de nulidade. Precedentes. Circunstâncias judiciais favoráveis. Gravidade em abstrato do delito. Ilegalidade do regime mais gravoso. Precedentes do STF e STJ. Ressalva do ponto de vista do relator. Parecer do MPF pela parcial concessão do writ. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.*
>
> 1. Se o falecimento do Advogado que representava o paciente durante o trâmite da Apelação não foi comunicado ao Juízo ou ao Tribunal, não se reconhece qualquer nulidade pela publicação do resultado do referido julgamento em seu nome. Precedentes do STJ.
>
> 2. As doutas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.
>
> 3. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.
>
> 4. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

O recurso, a meu ver, comporta acolhimento.

Alega o recorrente que o acórdão que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, datado de 18 de maio de 2007, *apenas foi publicado em 11 de julho de 2007*, sendo que seu advogado, o dr. Roberto Camilo Ramalho, conforme certidão de óbito acostada à fl. 13, *faleceu no dia 6 de junho de 2007*, ou seja, cerca de um mês antes da publicação.

Aduz que houve inegável prejuízo à defesa, visto que, diante do trânsito em julgado, foi determinada a prisão do recorrente, que, até então, vinha recorrendo em liberdade, assim como não lhe foi facultada a oportunidade de interpor novos recursos contra aquela decisão condenatória.

Segundo a CF/1988, art. 133, "o advogado é indispensável à administração da justiça"; é por intermédio dele que se exerce "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (CF/1988, art. 5º, inciso LV).

O caso dos autos apresenta uma peculiaridade: a morte do patrono do recorrente, único profissional constituído nos autos, deu-se mais de um mês antes da publicação da decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória perante o TJSP.

É aí que está localizada a exceção: a coisa julgada se operou prematuramente, porquanto, inadmitido recurso no TJSP, a respectiva decisão foi publicada após a morte comprovada do advogado da causa. A existência humana, para o direito, cessa com a morte e, destarte, inexistia defesa técnica constituída a atuar pelo paciente quando se "aperfeiçoou" a coisa julgada.

Donde aplicar-se, ao caso, o disposto no art. 565 do Código de Processo Penal, segundo o qual "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido" não me parece correto e adequado.

Entendimento diverso, a meu ver, dá força inconcebível ao art. 565 do Código de Processo Penal, imputando à parte a culpa objetiva pela desinformação sobre a morte de seu patrono.

Observo, inclusive, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga, veio a reconhecer a nulidade da intimação efetivada na pessoa de advogado falecido:

> Intimação para julgamento. Advogado falecido (ineficácia). Defesa (prejuízo). 1. De tão relevante a defesa, que ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; "consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais" (Rui Barbosa). 2. A intimação para julgamento feita em nome de advogado falecido é ineficaz, porque não produz o efeito pretendido. 3. Em caso que tal, é até possível concluir pela ausência de defesa, com consequente prejuízo para o paciente, que era representado pelo advogado falecido. 4. Daí que, na espécie, nulo é o julgamento realizado, outro devendo realizar-se precedido de intimação. [HC 110.119/SP, rel. min. **Nilson Naves**, Sexta Turma, *DJE* de 22-6-2009.]

> *Embargos de divergência em embargos de declaração em recurso especial. Inclusão de processo em pauta. Publicação no Diário de Justiça. Intimação em nome de advogado falecido. Nulidade reconhecida. Embargos de divergência providos.*
>
> 1. Em linha de princípio, vale salientar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a intimação de um dos vários advogados da parte é, em regra, válida e eficaz, de modo que prescindível seja a intimação dirigida a todos eles.
>
> 2. Na espécie, todavia, a situação fática não é a mesma daqueles precedentes citados, uma vez que, no caso em apreço, o advogado sobre quem recaiu a intimação houvera falecido, sem que a parte comunicasse tal fato ao juízo.
>
> 3. Há de se ter sob mira que a intimação, na espécie, por realizada em nome do advogado falecido, não alcançou seu escopo precípuo de dar publicidade ao ato processual em apreço, a saber, a futura realização do julgamento do recurso especial. Dessa forma, a parte restou impossibilitada de exercer o seu direito de defesa, nos termos garantidos pela lei, apresentando memoriais, comparecendo à sessão de julgamento e realizando sustentação oral.
>
> 4. Embargos de divergência acolhidos para, reconhecida a nulidade da publicação realizada no Diário de Justiça de 19-4-2005 em nome do advogado falecido, anular o acórdão que julgou o recurso especial, realizando-se novo julgamento, com publicação da inclusão do processo em pauta, que será efetivada em nome de

algum dos procuradores da parte ou de outro que venha a ser por esta constituído doravante. [EREsp 526.570/AM, rel. min. **Quaglia Barbosa**, Segunda Seção, *DJ* de 27-9-2007.]

Anoto, finalmente, que esta Suprema Corte tem admitido a regularidade da intimação efetivada em nome de advogado falecido, desde que inexistente qualquer prejuízo concreto à defesa (HC 70.952/PE, da relatoria do ministro **Francisco Rezek**), o que, à evidência, não se dá no caso concreto, no qual coarctou-se a possibilidade de interposição de eventual recurso contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação interposta pela defesa.

Respeitado o entendimento daqueles que pensam o contrário, não me parece que, na hipótese, pudesse ser exigido da parte que, em vista do falecimento de seu defensor, providenciasse a devida comunicação desse fato ao juízo ou ao tribunal, de molde a imputar-lhe as consequências advindas de sua inércia.

O advogado faleceu um mês antes da publicação da decisão e por isso não houve tempo hábil para comunicação ao TJSP. A baixa do processo à origem, em seguida, aconteceu sem a devida ciência do acusado, sem advogado. A situação denota ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, o seguinte precedente deste Supremo Tribunal:

> ***Habeas corpus***. *Constitucional e processual penal. Arts. 133 e 5º, inciso IV, da CB/1988. Trânsito em julgado de decisão que não admitiu agravo de instrumento em recurso especial. Falecimento do único advogado constituído, resultando impossibilitada a intimação do acórdão. Violação do contraditório e da ampla defesa. Desconstituição do trânsito em julgado e devolução do prazo recursal. Restituição da liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal.* A CB/1988 determina que "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133). É por intermédio dele que se exerce "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação do contraditório e da ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. Ordem concedida. [HC 99.330/ES, Segunda Turma, rel. p/ o ac. min. **Eros Grau**, *DJE* de 23-4-2010.]

No mesmo sentido, a manifestação do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi**, *verbis*:

> Dispõe o artigo 3º do Código de Processo Penal que "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Por sua vez, o Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 265, sobre as causas de suspensão do processo, *verbis*:
>
> Art. 265. Suspende-se o processo:

> I – pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
>
> (...)
>
> § 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.
>
> *In casu*, tratando-se de situação em que ocorreu o óbito do advogado do réu, deveria ter sido aplicado o previsto no § 2º, do art. 265, com a consequente suspensão do processo e abertura de prazo de 20 (vinte) dias para a constituição de novo advogado, o que, conforme sobressai dos autos, assim não sucedeu. Em decorrência, a intimação do julgamento do recurso de apelação foi feita em nome do falecido, configurando, ao nosso ver, intimação inválida e caracterizadora de cerceamento de defesa.
>
> Resta evidente, na espécie, que a intimação feita em nome do advogado já falecido, único causídico patrocinando a causa, resultou em prejuízo à defesa do paciente, mormente porque, desprovido o recurso de apelação e decorrido o prazo para recorrer às instâncias extraordinárias, ocorreu o trânsito em julgado da decisão que manteve a condenação imposta pelo juiz de 1º grau e, consequentemente, a expedição do mandado de prisão.
>
> O fato revela ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, razão pela qual somos favoráveis ao provimento do presente recurso, sem prejuízo, todavia, da execução da pena já imposta pelas instâncias ordinárias. [Fls. 486/490.]

Inviável, contudo, a execução antecipada da pena imposta pelas instâncias ordinárias, como sugerido pelo *Parquet*.

O recorrente atravessou toda a fase da instrução processual e interpôs recurso em liberdade, eis que ausentes razões justificadoras da prisão preventiva. Só deve ser recolhido à prisão por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o entendimento fixado pelo Pleno deste Tribunal no HC 84.078/MG, de que foi relator o ministro **Eros Grau** (*DJE* de 26-2-2010).

Nessa conformidade, concedo a ordem, a fim de afastar a coisa julgada, ocorrida prematuramente, devolvendo ao recorrente o prazo para a interposição do recurso cabível contra a decisão que negou provimento à Apelação 944.005.3/8 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mantendo-o em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, se não houver reforma da decisão, expedindo-se, conforme o caso, competente contramandado de prisão ou alvará de soltura clausulado.

Ante o exposto, **dou** provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RHC 104.723/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Evandro Corrêa Baradel (Advogada: Sheila Higa). Recorrido: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República).

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o ministro Marco Aurélio, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de novembro de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 105.301 — MT

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Pacientes: Felipe Santos dos Reis, Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros — Impetrante: Federação Brasileira das Associações de Controladores de Tráfego Aéreo — Coator: Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Trancamento de ação penal. Alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Ausência de plausibilidade. Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato. Possibilidade. Imputações distintas. Crimes de natureza comum e castrense. Competência absoluta. Ordem denegada.**

Um determinado acontecimento pode dar origem a mais de uma ação penal e em âmbitos jurisdicionais distintos e especializados.

Improrrogabilidade e inderrogabilidade da competência absoluta. Precedentes.

A conexão e a continência não constituem óbice à separação obrigatória de processos quando da ocorrência de concurso entre crime militar e crime comum, conforme dispõe o art. 79, I, CPP.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a ordem de *habeas corpus,* nos termos do voto do relator.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Conforme relatei na decisão em que indeferi o pedido de medida de urgência,

> Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Felipe Santos dos Reis, Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar e Leandro José Santos de Barros*, todos controladores de voo e sargentos da Força Aérea Brasileira, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 91.016.
>
> Consta dos autos que, no dia 25-5-2007, o Ministério Público Federal denunciou Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, ambos americanos, pilotos do jato *Legacy* da empresa *Excel Air Service*, como incursos "no art. 261, § 3º, c/c o art. 263, com

pena cominada pelo art. 258, c/c o art. 121, § 4º", todos do Código Penal, e os ora pacientes por "dois crimes dolosos de atentado contra a segurança de transporte aéreo, em concurso formal", sendo um "na modalidade fundamental (art. 261, *caput*, CP), quanto à periclitação da aeronave N600XL", e outro "qualificado por cento e cinquenta e quatro mortes (art. 261, § 1º, c/c art. 263, ambos do Código Penal), em relação ao avião sinistrado de prefixo PR-GTD".

Na sequência, em 11-9-2007, o Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra João Batista da Silva, Felipe Santos dos Reis, Lucivando Tibúrcio de Alencar e Leandro José dos Santos de Barros, pela prática do delito previsto no art. 324 do Código Penal Militar, e contra Jomarcelo Fernandes dos Santos, imputando-lhe a prática da conduta descrita no art. 206, §§ 1º e 2º, do aludido diploma castrense.

Em seguida, o Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Sinop/MT suscitou conflito positivo de competência ao Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que as ações penais em tramitação na Justiça Federal e na Justiça Militar seriam originadas do mesmo fato e deveriam ser processadas e julgadas por um único órgão competente.

O STJ, ao decidir o Conflito de Competência 91.016/MT, lavrou o acórdão cuja ementa segue transcrita:

> *Penal. Conflito de competência. Acidente aéreo. Atentado contra a segurança de transporte aéreo. Inobservância de lei, regulamento ou instrução e homicídio culposo. Delitos praticados por militares, controladores de voo. Crimes de natureza militar e comum. Desmembramento. Princípio do ne bis in idem. Inexistência de conflito*.
>
> 1. **Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida**, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, **uma vez que as imputações são distintas**.
>
> 2. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula 90/STJ: "Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele".
>
> 3. Conflito não conhecido.

Daí, o presente *habeas corpus*, no qual o impetrante requer, liminarmente, a "suspensão de todos os atos persecutórios em desenvolvimento na Justiça Militar até o julgamento do presente *writ*".

No mérito, requer o "trancamento da ação penal em curso na Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar", alegando, para tanto, que os pacientes já estariam sendo "processados pelos mesmos fatos a que já respondem como acusados em persecução criminal em curso na Justiça Federal.

Depois disso, o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sinop/MT e a Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar prestaram informações (petições 55790/2010 e 55491/2010, respectivamente), e o Ministério Público Federal opinou pela **denegação da ordem**.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Conforme consignei na decisão em que indeferi o pedido de liminar, entendo que os pacientes não estão sendo processados na Justiça Federal e na Justiça Militar pela prática das mesmas condutas delituosas, não obstante tais ações penais tenham se originado de um mesmo fato, qual seja, o acidente aéreo ocorrido no dia 29-9-2006 envolvendo o Boeing 737-800, da Gol Linhas Aéreas, e o jato Embraer *Legacy* 600 da empresa americana *Excel Air Service*, que resultou na queda da primeira aeronave e no óbito de todos os seus tripulantes e passageiros.

Já no tocante à alegação de *bis in idem,* é importante destacar que as informações prestadas pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sinop/MT e pela Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (petições 55790/2010 e 55491/2010) **deixam claro que as imputações que recaem sobre os pacientes são distintas, bem delineadas e peculiares dos respectivos âmbitos de competência**.

Nesse ponto, transcrevo elucidativo trecho do acórdão impugnado, que resumiu as imputações nos seguintes termos:

> **Quatro dos controladores de voo estão respondendo a processos, nas Justiças Federal do Mato Grosso e Federal Militar da Circunscrição Judiciária do Distrito Federal, pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, mas com imputações distintas, inexistindo *bis in idem***.
>
> Os controladores de voo Felipe, **Lucivaldo, Leandro e Jomarcelo foram denunciados, junto à Justiça Federal, como incursos no art. 261 do Código Penal** (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), figura delituosa definida de modo diverso na legislação castrense. Com efeito, o delito de atentado contra transporte, previsto no art. 283 do CPM, como crime militar, pressupõe que a infração exponha a perigo "aeronave, ou navio próprio ou alheio, sob guarda, proteção ou requisição militar emanada de ordem legal, ou em lugar sujeito à administração militar", ou ainda "praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação aérea, marítima, fluvial ou lacustre sob administração, guarda ou proteção militar", circunstâncias não presentes na hipótese apreciada.
>
> **Já na ação em curso na Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, Felipe, Lucivando e Leandro foram denunciados como incursos no art. 324 do Código Penal Militar** (inobservância de lei, regulamento ou instrução), delito previsto exclusivamente no diploma repressivo castrense.
>
> Ainda na mesma auditoria da **Justiça Militar, Jomarcelo responde por homicídio culposo**, que tem igual definição na lei penal comum e na castrense, crime classificado pela doutrina como militar impróprio. [Grifei.]

Frise-se que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que um determinado acontecimento, em regra, pode dar origem a mais de uma ação penal, sobretudo quando envolver delitos inerentes à **competência absoluta** de

distintos e especializados segmentos jurisdicionais, no caso, Justiça comum e Justiça Penal Militar (entre outros: HC 92.912/RS, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* de 19-12-2007; e HC 82.142/MS, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 12-9-2003).

Como se sabe, a competência absoluta é improrrogável e inderrogável. Ainda que fosse hipótese de conexão ou continência, **não seria possível reunir**, no caso em apreço, **o processamento e o julgamento de todos os delitos decorrentes do mesmo fato em uma única esfera jurisdicional**, conforme determina expressamente o **art. 79, inciso I**, do Código de Processo Penal, o qual transcrevo:

> Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, **salvo**:
> I – **no concurso entre a jurisdição comum e a militar**.

Desse modo, imperiosa é a separação de processos, não havendo qualquer plausibilidade a alegação de conflito de jurisdição.

Por fim, destaco relevante trecho do parecer do Ministério Público Federal que, de forma precisa, bem sintetiza a solução jurídica adotada neste feito:

> 12. **Embora o fato seja único, vislumbra-se, aqui, a possibilidade de submissão dos agentes a ambas as jurisdições, porquanto diversas são as imputações que sobre eles recaem**.
> 13. **E isto porque a especialidade da Justiça Militar não é óbice à atuação da Justiça Comum, desde que o crime nesta imputado não encontre previsão na Justiça Especializada, como ocorre no presente caso**.
> 14. Aliás, registre-se que neste sentido já decidiram tanto o Superior Tribunal de Justiça (CC n. 91.016 – cuja ementa do acórdão está acima transcrita) quanto o Superior Tribunal Militar (Recurso Criminal n. 2007.01.007484-3/DF, mantendo, assim, em curso, as ações penais instauradas na Justiça Militar e na Justiça Federal do Mato Grosso.

De todo o exposto, não há que se falar em conflito de competência, nem tampouco em *bis in idem*, razão pela qual **voto pela denegação da ordem**.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, está claro que há duas imputações sem interpenetração legislativa, ou seja, cada tipo de imputação tem previsão legislativa em separado. De sorte que o crime comum que tem previsão na legislação comum, assim como o crime militar tem previsão na legislação especializada, suscitando, portanto, o processamento de dois feitos nas duas Justiças.

Eu concordo com o eminente relator e também denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 105.301/MT — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pacientes: Felipe Santos dos Reis, Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de

Alencar, Leandro José Santos de Barros. Impetrante: Federação Brasileira das Associações de Controladores de Tráfego Aéreo. Coator: Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

———

HABEAS CORPUS 105.542 — RS

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Rubilar dos Santos Orcina — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Direito penal. Receptação. Bem pertencente à ECT. Legalidade da aplicação da causa de aumento de pena do § 6º do art. 180 do CP. Ordem denegada.**

Os bens da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) – empresa pública prestadora de serviços públicos equiparada à Fazenda Pública – recebem o mesmo tratamento dado aos bens da União. Precedentes.

A aplicação da causa de aumento do § 6º do art. 180 do Código Penal, quando forem objeto do crime de receptação bens da ECT, não implica interpretação extensiva da norma penal, mas genuína subsunção dos fatos ao tipo penal, uma vez que os bens da ECT afetados ao serviço postal compõem o próprio patrimônio da União.

***Habeas corpus* denegado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, 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 da relatora.

Brasília, 17 de abril de 2012 — Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Rubilar dos Santos Orcina contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp 894.730/RS.

Na espécie, o paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul porque "adquiriu e recebeu, em proveito próprio, uma balança digital, marca Filizola, modelo MF6, n. de série 181, proveniente de patrimônio público, de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), coisa que sabia ser produto de crime de furto", dando-o como incurso nas sanções do art. 180, § 6º, do Código Penal.

O juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rio Grande – RS declinou de sua competência, porquanto o bem objeto do delito de receptação fora subtraído de Empresa Pública da União, e remeteu o feito à Justiça Federal.

O Ministério Público Federal ofereceu nova denúncia, e o paciente restou condenado no juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Rio Grande – RS à pena de três anos, quatro meses e dez dias de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de catorze dias-multa, por violação ao art. 180, § 6º, do Código Penal.

A condenação foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar apelação da defesa. Todavia, ao apreciar os embargos de declaração interpostos contra o acórdão da apelação, a Corte Regional acolheu o recurso e reduziu a pena do paciente para três anos e vinte dias de reclusão.

No Superior Tribunal de Justiça, o REsp 894.730/RS foi interposto contra o acórdão do Tribunal Regional e foi desprovido pela Quinta Turma daquela Corte Superior.

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a incidência da causa de aumento de pena do § 6º do art. 180 do Código Penal no caso concreto. Argumenta que, pertencendo o bem objeto do crime de receptação à Empresa de Correios e Telégrafos, não deve ser aplicada referida causa de aumento. Alega que "não há de se confundir patrimônio de uma Empresa Pública Federal de direito privado, *in casu*, ECT, com o patrimônio da União", sob pena de se incorrer em "interceptação extensiva desfavorável a ré" (sic).

Assim, requer a concessão da ordem para que seja retirada da pena do paciente a causa de aumento do § 6º do art. 180 do Código Penal.

A eminente ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido de medida liminar.

Foram prestadas as informações solicitadas.

O Ministério Público exarou parecer, da lavra do subprocurador-geral Mario José Gisi, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): A questão de direito tratada no presente *habeas corpus* diz respeito apenas ao cabimento – ou não – da aplicação da causa de aumento de pena do § 6º do art. 180 do Código Penal ao caso concreto.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao REsp 894.730/RS nos seguintes termos:

> *Penal. Recurso especial. Receptação dolosa de bem da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – anteriormente furtado. Incidência da majorante do art. 180, § 6º, do CP. ECT. Prestadora de serviço público essencial, de forma exclusiva. Patrimônio. Regime de bens públicos. Bens da mantenedora. União. Insuscetibilidade de constrições que afetem a regularidade e continuidade do serviço público. Competência da Justiça Federal. Art. 109, IV, da CF. Previsão*

expressa de incidência do art. 180, § 6º, do CP aos bens e instalações de empresa concessionária. Inexistência de interpretação extensiva desfavorável. Recurso não provido.

1. As Empresas Estatais – Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista – são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e possuem regime híbrido, isto é, predominará o público ou o privado a depender da finalidade da estatal – se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

2. A ECT é empresa pública, é pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço postal, de natureza pública e essencial (art. 21, X, da CF).

3. "A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. (...) O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. (...) Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade" (ADPF 46/DF, Rel. para acórdão min. *Eros Grau*, Pleno, *DJ* 26-2-2010).

4. Diversamente daquelas Empresas Estatais exercentes de atividade econômica, que estão predominantemente sob o regime de direito privado, a EBCT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado.

5. "a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, explora serviço de competência da União – serviço público federal — e, sendo mantida pela União Federal (CB, artigo 21, X), seus bens pertencem à entidade mantenedora. Esses bens consubstanciam propriedade pública, estando integrados à prestação de serviço público. (...) Ainda que no caso se cuide de empresa pública integrante da Administração Indireta, pessoa jurídica de direito privado, a ECT é delegada da prestação de serviço público federal, a ela amoldando-se qual u'a luva ainda outra lição de Aliomar Baleeiro: constituem serviço público 'quaisquer organizações de pessoal, material, sob a responsabilidade dos poderes de Pessoa de Direito Público Interno, para desempenho de funções e atribuições de sua competência, enfim, todos os meios de operação dessas Pessoas de Direito Público, sob várias modalidades, para realização dos fins que a Constituição, expressa ou implicitamente lhes comete'" (*Informativo* 390/STF).

6. Os bens da ECT estão sob o regime de direito público e diretamente ligados à atividade essencial, sendo insuscetíveis de quaisquer constrições que afetem a continuidade, a regularidade e a qualidade da prestação do serviço.

7. A tutela aos bens, serviços e interesses da União, *in casu*, justifica-se pelo furto de bem da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, razão, inclusive, pela qual foi atraída a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da CF, dada a conexão entre os crimes principal (furto) e acessório (receptação dolosa).

8. O art. 180, § 6º, CP prevê, expressamente, a incidência da majorante quando o crime for praticado contra 'bens e instalações do patrimônio da (...) empresa concessionária de serviços públicos', estando, dessa forma, abrangida a ECT na sua tutela, não havendo falar em interpretação extensiva desfavorável ao conceito de bens da União.

9. O objeto do crime imputado ao recorrente – balança de precisão – está diretamente vinculado à prestação do serviço postal, uma vez constituir instrumento de verificação da pesagem do material a ser postado.

10. Recurso não provido.

Não há o que censurar no aresto atacado.

Inicialmente, cabe destacar que, na espécie, inexiste controvérsia acerca do conhecimento por parte do paciente quanto à propriedade do bem objeto do crime de receptação, conforme se observa no julgamento da apelação da defesa pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> Merece destaque, ainda, o fato de que o réu tinha conhecimento de que a balança por ele adquirida era produto de crime, já que o bem continha placa de identificação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT-RS 55276, fl. 30), o que demonstra, de forma inquestionável, a propriedade legítima do bem.

A jurisprudência desta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que os bens da Empresa de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviços públicos equiparada à Fazenda Pública, recebem o mesmo tratamento dado aos bens da União. Nesse sentido, cito o RE 229.444/CE, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 31-8-2001:

> *Constitucional. Processual civil. Empresa pública prestadora de serviço público: execução: precatório.*
>
> I – Os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviço público, são impenhoráveis, porque ela integra o conceito de Fazenda Pública. Compatibilidade, com a Constituição vigente, do DL 509, de 1969. Exigência do precatório: CF, art. 100.
>
> II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: REs 220.906/DF, 229.696/PE, 230.072/RS, 230.051/SP e 225.011/MG, Plenário, 16-11-2000.
>
> III – Recurso extraordinário não conhecido.

No mesmo sentido: RE 393.032-AgR/MG, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 17-12-2009; AI 718.646-AgR/SP, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 23-10-2008; ACO 765-QO/RJ, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, Plenário, *DJE* de 6-11-2008.

Estabelecida a premissa de que os bens da Empresa de Correios e Telégrafos recebem o mesmo tratamento atribuído aos bens da Fazenda Pública, passo à análise da causa de aumento de pena aplicada ao caso concreto. A respeito, vejamos o que dispõe o art. 180 do Código Penal, bem como seu § 6º:

> Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
>
> Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> (...)

> § 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.

Da leitura do dispositivo legal, fica evidente a imposição de sua aplicação quando o objeto do delito de receptação for bens ou instalações do patrimônio da União.

A aplicação da causa de aumento do § 6º do art. 180 do Código Penal, quando forem objeto do crime de receptação bens da Empresa de Correios e Telégrafos, não implica interpretação extensiva da norma penal – como sugere a impetrante –, mas genuína subsunção dos fatos ao tipo penal, uma vez que tais bens, afetados ao serviço postal, compõem o próprio patrimônio da União.

Agregue-se que a matéria é eminentemente infraconstitucional, devendo ser prestigiada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do alcance do § 6º do art. 180 do Código Penal.

Assim, não há ilegalidade na aplicação da causa de aumento de pena do § 6º do art. 180 do Código Penal, quando os bens objeto da receptação pertencerem à Empresa de Correios e Telégrafos e o autor desse delito tiver conhecimento dessa circunstância, como ocorre no presente caso concreto.

Diante o exposto, **denego** o pedido de *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, eu entendo que realmente está bem adequada ao espírito da lei. Quando nada, ela permite até quando atinge bens concessionários de economia mista, quanto mais uma empresa pública.

Aqui, não há nenhuma analogia *in malam partem*, acho que não nenhuma exacerbação que possa desafiar o *habeas corpus*.

Estou de acordo.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, o ministro Luiz Fux apanhou bem o fato de o preceito se referir a bens de sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado. O patrimônio não é integralmente público, como o é no caso da empresa pública, que só tem pública na nomenclatura, sendo pessoa jurídica de direito privado.

Então, o preceito, interpretado de forma teleológica, leva à conclusão de que, na previsão de bens e instalações da União, Estados e Municípios, estão os compreendidos, os que estão realmente sob a direção e sob a proteção da empresa pública, porque senão ficaria um contrassenso admitir-se a causa de

aumento quanto às sociedades de economia mista, chegando-se ao dobro da pena, e não quanto às empresas públicas.

Acompanho, presidente, a relatora.

EXTRATO DA ATA

HC 105.542/RS — Relatora: Ministra Rosa Weber. Paciente: Rubilar dos Santos Orcina. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia. Presidência do ministro Dias Toffoli.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 17 de abril de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

HABEAS CORPUS 105.973 — RS

Relator: O sr. ministro Ayres Britto

Paciente: Patrik de Souza — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Execução penal. Falta disciplinar de natureza grave. Posse de dois *chips* de aparelho de telefone celular. Caracterização. Teleologia da norma. Proibição da posse do telefone e seus componentes. Ordem denegada.**

1. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) institui um amplo sistema de deveres, direitos e disciplina carcerários. O tema que subjaz a este *habeas corpus* diz com tal sistema, especialmente com as disposições normativas atinentes à disciplina penitenciária. Disciplina que o legislador entende ofendida sempre que o condenado "tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo" (inciso VII do art. 50 da LEP).

2. Em rigor de interpretação jurídica, o que se extrai da Lei de Execução Penal é a compreensão de que o controle estatal tem de incidir sobre o aparelho telefônico, mas na perspectiva dos seus componentes. É dizer: a Lei 11.466/2007 encampou a lógica finalística de proibir a comunicação a distância intra e extramuros. Pelo que a posse de qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz a norma incidir de pleno direito.

3. Tal maneira de orientar a discussão não implica um indevido alargamento da norma proibitiva. Norma que faz menção expressa à posse, ao uso e ao fornecimento de "aparelho telefônico, de rádio ou similar". E o fato é que o *chip* faz parte da compostura operacional do telefone celular. Não tem outra serventia senão a de se acoplar ao aparelho físico em si para com ele compor uma unidade funcional. Donde se concluir que o referido artefato nem sequer é de ser tratado como mero acessório do aparelho telefônico, sabido que acessório é aquilo "que se junta ao principal, sem lhe ser essencial; detalhe, complemento, achega". Ele se constitui em componente do aparelho e com ele forma um todo operacional pró-indiviso.

4. Ordem denegada, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem e cassar a liminar anteriormente deferida, o que fazem nos termos do voto do relator e por

unanimidade de votos, em sessão presidida pelo ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Ayres Britto, relator.

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, que proveu o recurso especial do Ministério Público e classificou a conduta debitada ao paciente (posse de dois *chips* de aparelho celular) como falta disciplinar de natureza grave. O acórdão está assim ementado:

> *Recurso especial. Execução penal. Posse de chip de aparelho celular. Conduta praticada após a entrada em vigor da Lei n. 11.466, de 29 de março de 2007. Falta disciplinar de natureza grave. Precedentes. Recurso provido.*
>
> 1. É inarredável concluir que a posse de *chip*, sendo acessório essencial para o funcionamento do aparelho telefônico, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta grave.
>
> 2. Com a edição da Lei n. 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.
>
> 3. Recurso provido.

2. Pois bem, a Defensoria Pública da União, impetrante, alega a impossibilidade de se capitular a conduta do paciente como falta disciplinar de natureza grave. Isso porque a mera posse de *chips* de telefone celular não se subsume às hipóteses do art. 50 da Lei de Execuções Penais. Também sustenta que não é de se ampliar o rol de faltas disciplinares de natureza grave, pena de ofensa ao princípio da legalidade. Isso na medida em que o reconhecimento de infração disciplinar pelo apenado depende de previsão legal anterior ao cometimento da conduta proibida.

3. Prossegue a impetração para arguir que a Lei de Execução Penal, na redação da Lei 11.466/2007, considera falta grave apenas a posse, o uso ou o fornecimento de aparelho telefônico, rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos, ou para além dos muros penitenciários. Donde a impossibilidade "de se imputar ao agente o cometimento de falta disciplinar de natureza grave com base no art. 50, inciso VII da LEP, pois tão somente o *chip* não é capaz de estabelecer comunicação com o ambiente externo e nem com os outros presos, consoante impõe a lei de regência". Daí o pedido de concessão da ordem, formulado para restabelecer o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal que deu pela não ocorrência de falta grave.

4. Avanço neste relato da causa para anotar que, no exame prefacial deste *habeas corpus,* deferi medida liminar. O que fiz tão somente para suspender

a homologação do procedimento disciplinar administrativo a que respondeu o paciente. Na oportunidade, consignei que o tema da caracterização da infração disciplinar de natureza grave seria passível de exame sob o critério da proporcionalidade.

5. Na sequência, solicitei informações à autoridade impetrada e ao Juízo de Direito das Execuções Penais de Cruz Alta/RS. Informações acompanhadas de cópia integral do PAD 128/2008.

6. À derradeira, anoto que a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Feito o relatório, passo ao voto. Fazendo-o, tenho que o problema a ser equacionado por esta nossa Segunda Turma é o da existência, ou não, de falta disciplinar de natureza grave, com seus específicos efeitos. Noutro falar: a questão está em saber se o condenado, surpreendido com dois *chips* de aparelho celular, durante revista na entrada do estabelecimento prisional, cometeu, ou não, a falta grave do inciso VII do art. 50 da Lei de Execução Penal. Eis os dispositivos legais em causa*:*

> Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
> (...)
> VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei 11.466, de 2007.)

9. Já o art. 1º da Lei de Execução Penal, esta é a sua redação:

> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

10. Pois bem, além de revelar o fim socialmente regenerador da sanção criminal, esse último dispositivo alberga um critério de interpretação das demais disposições da Lei de Execução Criminal. É dizer: institui a lógica da prevalência dos mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) na interpretação finalística dos direitos e deveres dos sentenciados. Lógica sintonizada com a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (incisos II e III do art. 1º da CF).

11. Deveras, é para o mais forte amparo à dignidade penal da pessoa humana que a nossa Lei Maior: a) veda a institucionalização da tortura e de tratamento desumano ou degradante (inciso III do art. 5º); b) proíbe castigos cruéis e de caráter perpétuo (inciso XLVII do art. 5º); c) admite o *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (inciso LXVIII do

art. 5º); d) garante aos presos o respeito à sua integridade física e moral (inciso XLIX do art. 5º). Afinal, a imposição de pena privativa de liberdade não tem a força de reduzir o indivíduo a objeto; ou seja, "não afasta do apenado toda a gama de garantias e direitos não abrangidos pela sanção carcerária".[1]

12. Fixadas tais premissas, remarco o juízo de que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) institui um amplo sistema de deveres, direitos e disciplina carcerários. O tema que subjaz a este *habeas corpus* diz com tal sistema, especialmente com as disposições normativas atinentes à disciplina penitenciária. Disciplina que o legislador entende ofendida sempre que o condenado

> I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
> II – fugir;
> III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> IV – provocar acidente de trabalho;
> V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
> VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
> **VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo**. [Art. 50 da LEP.]

13. A esses comportamentos faltosos para com os deveres administrativos do encarcerado a Lei de Execução Penal comina sanções também de ordem administrativa. Leia-se:

> Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
> I – advertência verbal;
> II – repreensão;
> III – suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
> IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.
> V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

14. Avanço para lembrar que a aplicação de sanção administrativa, cujo objetivo seja o restabelecimento da disciplina carcerária, não é a única consequência da prática de falta grave. É que ela, falta grave, enseja, por exemplo, a determinação judicial de regressão de regime prisional (inciso I do art. 18 da LEP), a perda dos dias remidos (art. 127 da LEP) e o impedimento de saídas temporárias (parágrafo único do art. 48 da LEP).

15. Esse o quadro, é de prevalecer a ideia-força de que a análise das condutas administrativamente ilícitas é de ser orientada pelas garantias do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Garantias que expressamente constam do texto legal. Confira-se:

---

[1] CARVALHO, Amilton Bueno de et alli. *Garantismo aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 245.

> Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar **sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.**
>
> (...)
>
> Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, **assegurado o direito de defesa**.
>
> Parágrafo único. A decisão será motivada.
>
> (...)
>
> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> I – praticar fato definido como crime doloso ou **falta grave;**
>
> (...)
>
> § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, **deverá ser ouvido previamente o condenado**. [Sem destaques no original.]

16. Cuida-se, então, de um sistema penal que busca equilibrar a imposição de reprimendas com a previsão de garantias individuais que se elevam ao patamar de princípios, a saber: legalidade, anterioridade, contraditório e ampla defesa. É o que se pode chamar de processo de humanização do sistema penal carcerário, na linha dos seguintes escritos de Andrei Schimidt[2]:

> (...) todo dispositivo legal que detenha a potencialidade direta de ampliar ou restringir a liberdade do cidadão deve receber todos os efeitos garantidores das normas penais propriamente ditas. Consequentemente, todos os dispositivos legais da LEP que estabelecem as infrações disciplinares devem-se sujeitar à sorte das normas penais propriamente ditas. (...) Por essa razão é que as normas que estabelecem as faltas graves, médias ou leves e as sanções disciplinares sujeitam-se aos ditames do *nullum crimen, nulla poena sine lege,* com todos os seus corolários formais (*lex previa, stricta, scripta e certa*) e substancial (*lex necessarie*).

17. Eis a razão pela qual, num juízo meramente cautelar ou prefacial, a tese da impetração me pareceu dotada de solidez. Todavia, o exame mais detido do caso leva-me a perfilhar um outro entendimento. Não que esse novo entendimento signifique um olímpico fechar de olhos para as garantias individuais há pouco referidas. Não! O que se me afigura, após um demorado exame da causa, é que a conduta protagonizada pelo paciente se acha regulada pelo inciso VII do art. 50 da LEP. Quero dizer: outro não é o conteúdo da lei senão o de vedar ao prisioneiro contatos telefônicos intra e extramuros. Confira-se a respectiva exposição de motivos:

> São comuns as notícias da existência de telefones celulares e radiocomunicadores em posse de condenados do sistema penitenciário, mesmo com a utilização de bloqueadores de ondas de rádio. Esses aparelhos, em especial os telefones celulares, são, na grande maioria das vezes, utilizados por membros de quadrilha para dirigir o cometimento de crimes extramuros, ameaçar pessoas ou mesmo para a prática de crimes de forma direta, por meio de extorsões, uma vez que criminosos

---

[2] SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo (Org.). *Críticas à execução penal brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 248.

> telefonam para as pessoas, de forma aleatória, e fazem ameaças, simulam sequestros e exigem compensação financeira.[3]

18. Acresce que, antes mesmo da publicação da Lei 11.466/2007 – que inclui o inciso VII entre as hipóteses de falta disciplinar grave –, o Departamento Penitenciário Nacional já sinalizava para a necessidade de se coibir o uso, no interior de estabelecimentos penais, de mecanismos de comunicação telefônica. Tanto que editou a Portaria 22, de 28 de fevereiro de 2007, com estes precisos dizeres:

> Art. 1º Fica proibida a entrada, permanência ou uso de aparelho de telefonia móvel celular, **bem como seus acessórios**, e de qualquer outro equipamento ou dispositivo eletrônico de comunicação, capaz de transmitir ou receber sinais eletromagnéticos, no interior das **penitenciárias federais**. [Sem destaques no original.]

19. Certo, essa portaria não chega a consubstanciar regramento das faltas disciplinares de natureza grave. Regramento que, nos termos do art. 49 da Lei de Execução Penal, fica adstrito à lei federal. Sem embargo, o que se extrai do dispositivo transcrito é a compreensão de que o controle estatal tem que incidir sobre o aparelho telefônico, mas na perspectiva dos seus componentes. É dizer: a Lei 11.466/2007 encampou a lógica finalística da portaria do Departamento Penitenciário Nacional[4], pois, afinal, a posse física de *chips* celulares não tem outra serventia que não a de se acoplar ao aparelho físico em si para com ele compor uma unidade funcional.

20. Em palavras diferentes, quando a norma proibitiva de determinada conduta se traduz na não utilização de aparelho de comunicação a distância intra e extramuros, qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz a norma incidir de pleno direito. Pelo que não tenho como afastar a premissa de que fez uso a autoridade impetrada, *in verbis*:

> Com a edição dessa lei, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo, em atenção aos reclamos sociais para punir e coibir as crescentes práticas criminosas dentro dos presídios, mormente dos chefes de organizações criminosas.
>
> Além disso, entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada de um aparelho celular, seria estimular uma burla ao dispositivo da Lei de Execução Penal.
>
> Por esse motivo, é inarredável concluir que a posse de *chip*, sendo componente essencial para o funcionamento do aparelho telefônico, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta grave.

21. Daqui se segue que o referido artefato nem sequer é de ser tratado como mero acessório do aparelho telefônico, sabido que acessório é aquilo "que se

---

[3] Trecho da justificativa do PL 174/2007, apensado ao PL 7.225/2006.

[4] Departamento que teve sua competência estabelecida pelo Decreto 6.061, de 15 de março de 2007. Ato normativo que, entre outras, atribui ao Depen a competência para "planejar e coordenar a política penitenciária nacional".

junta ao principal, sem lhe ser essencial; detalhe, complemento, achega"[5]. Ele se constitui em componente do aparelho e com ele forma um todo operacional pró-indiviso. Donde não se poder falar em interpretativo da lei proibitiva, mas de exegese rigorosamente jurídica da infração disciplinar-administrativa aplicável à espécie.

22. Assim postas as coisas, tenho por acertado o parecer da Procuradoria-Geral da República. Parecer do qual pinço o trecho seguinte:

> Resulta evidente que o desmonte do aparelho, para fazê-lo ingressar no estabelecimento prisional na forma de peças, as quais serão depois juntadas, visa burlar a fiscalização. A admissão de que esse fracionamento das remessas está amparado pelo princípio da legalidade, afastando a falta grave, certamente contribuirá para ampliar a indesejável comunicação dos detentos com o mundo exterior, notadamente daqueles vinculados ao comando do crime organizado. Dessa forma, sendo o *chip* essencial ao funcionamento do telefone celular, é inarredável concluir que a posse desse componente, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta disciplinar de natureza grave (...).

23. Presente essa moldura, não enxergo ilegalidade ou abuso de poder que evidencie uma desproporcionalidade no próprio enquadramento do fato empírico como falta grave. Pelo que denego a ordem, cassando a liminar deferida para suspender a homologação do procedimento administrativo disciplinar a que respondeu o paciente.

24. É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Ellen Gracie: Ministro Carlos Britto, se Vossa Excelência me permite, só uma ponderação. Os efeitos decorrentes da falta grave são estabelecidos em lei, e já foram considerados por esta Corte como perfeitamente adequados à perda dos dias remidos e à regressão de regime de cumprimento de pena. São dois efeitos, eu não vejo como nós possamos determinar a um juízo de primeiro grau que descumpra a nossa própria súmula, em primeiro lugar. Em segundo lugar, do ponto de vista de organização judiciária, eu antevejo a grave consequência de nós termos, a partir de agora, de revisar a proporcionalidade de todas as sentenças que reconhecerem a ocorrência de falta grave dentro dos presídios.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu divirjo de Vossa Excelência apenas quanto à interpretação da própria súmula vinculante. Eu acho que a Súmula Vinculante 9 convive com o juízo de ponderação.

A sra. ministra Ellen Gracie: Qual é mesmo a redação? Eu não me recordo.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Deixe-me ver se eu tenho aqui.

---

[5] *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, 2009.

O sr. ministro Celso de Mello: A Súmula Vinculante 9 tem o seguinte conteúdo:

> O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Só isso.

O sr. ministro Celso de Mello: Só isso.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Diz apenas isso.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Ellen Gracie: Ministro Celso, se Vossa Excelência me permite, inobstante o brilho com que se produziu a sustentação oral, a mim não convence a versão de que alguém esqueça *chips* de celular dentro da sua carteira. O *chip* só tem uma finalidade: estar dentro do aparelho celular para ser utilizado. Portanto, ou o apenado trazia consigo o aparelho celular e o *chip*, nessa hipótese eu talvez pudesse acreditar que ele se esqueceu, porque sabia que dentro dos presídios não é permitida a utilização de celulares. Aliás, é uma das grandes dificuldades com que se defronta a organização penitenciária, justamente impedir essa comunicação. Sabe-se que ordens partem de dentro dos presídios para agressões, como se viu agora, recentemente, no episódio do Rio de Janeiro. De modo que a questão da comunicação é extremamente grave e séria, a merecer, como bem ponderou o ministro Celso de Mello, exatamente a sanção de falta grave com as suas consequências próprias. E essas consequências não são dosáveis. A lei não atribui ao juiz a possibilidade de quantificar o tempo para ser remido, e aquele tempo que não o seja, ou também, de fazer ou não fazer regredir o regime de cumprimento da pena.

O sr. ministro Celso de Mello: Entendo que a súmula que reclama interpretação perde a sua própria razão de ser...

A sra. ministra Ellen Gracie: Exatamente.

O sr. ministro Celso de Mello: O enunciado sumular, mesmo aquele que não se acha impregnado de eficácia vinculante, representa um modelo, uma pauta interpretativa que deve ser observada pelos demais órgãos investidos de jurisdição, e, no caso da súmula vinculante, muito mais do que mera referência paradigmática, haverá um ato de conteúdo normativo revestido de eficácia condicionante em sede de interpretação, em matéria de exegese. Se se permitir que os demais órgãos do Poder Judiciário, e mesmo aqueles órgãos da pública administração, interpretem o alcance de um enunciado sumular (restringindo-o ou ampliando-o), ainda mais quando qualificado pela nota da vinculatividade, tal comportamento hermenêutico certamente enfraquecerá o próprio instituto.

A sra. ministra Ellen Gracie: Sistema.

O sr. ministro Celso de Mello: Exatamente, afeta o sistema e compromete a razão de ser da súmula vinculante.

A sra. ministra Ellen Gracie: E, por isso mesmo, ministro Celso, eu, desde o início, fui contrária à sumulação de matéria penal.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Também eu.

A sra. ministra Ellen Gracie: Eu entendia, desde o início – infelizmente o Tribunal trilhou por outros caminhos, privilegiando uma série de enunciados em matéria penal e processual penal –, que nós deveríamos, sim, sumular, de forma vinculante, aquelas matérias absolutamente pacificadas e muito numerosas no sistema judiciário brasileiro, para que, enfim, se pudesse fazer uma limpeza do nosso sistema, e esses vasos comunicantes voltassem a funcionar.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas aí, Excelência, refiro-me ao ministro Celso de Mello, especificamente, todo juízo, todo pensamento, todo enunciado que se vaze numa estrutura de linguagem, de linguagem vernacular, comporta interpretação. É ineliminável, a interpretação não pode ser afastada.

O sr. ministro Celso de Mello: **Reconheço** que estruturas semiológicas, **porque fundadas** em signos, **podem veicular** polissemias. **O que me parece incontroverso**, no entanto, **é que enunciados sumulares**, dada a sua específica destinação, **não exprimem**, *ordinariamente*, conteúdos polissêmicos. **É sempre importante relembrar**, por oportuno, **que são múltiplas** as funções da súmula.

Sabemos que a Súmula – **idealizada e concebida**, entre nós, pelo saudoso ministro VICTOR NUNES LEAL ("**Passado e Futuro da Súmula do STF**", "*in*" **RDA** 145/1-20) – **desempenha**, na lição desse eminente magistrado, **enquanto** método de trabalho, **várias e significativas funções**, **pois** (**a**) **confere** maior estabilidade à jurisprudência predominante nos Tribunais (**função** de estabilidade do sistema); (**b**) **atua** como instrumento de referência oficial dos precedentes jurisprudenciais nela compendiados (**função** de orientação jurisprudencial); (**c**) **acelera** o julgamento das causas (**função** de simplificação da atividade processual) **e** (**d**) **evita** julgados contraditórios (**função** de segurança jurídica **e** de previsibilidade decisória).

O fato que me parece indisputável **é um só**: formulações sumulares **que se prestem** a manipulações hermenêuticas **perdem** a sua razão de ser, **porque comprometem as funções** em razão das quais foi concebido **e** idealizado **o próprio** modelo **que inspirou** a criação dos enunciados jurisprudenciais consolidados na Súmula desta Suprema Corte.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas isso é uma deficiência congênita; é próprio da linguagem. Não há como afastar a polissemia das mensagens.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sobre essa questão, nós tivemos oportunidade de discutir em Plenário, e não me parece que haja essa inaptidão, por parte do direito penal ou do processo penal, para a possibilidade de se fazer a súmula, da sumulação. Podem ocorrer determinadas situações nas quais nós lidamos com cláusulas gerais. Nós mesmos nos vemos desafiados aqui na Turma com a aplicação do princípio da insignificância.

O sr. ministro Celso de Mello: Sim.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Toda sessão nós repetimos quase que – acho – dois, três e às vezes cinco *habeas corpus*.

A sra. ministra Ellen Gracie: Nesta mesma sessão, eu tenho cinco *habeas corpus* da mesma matéria.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Exatamente, que são concedidos, e nós não conseguimos encontrar parâmetros adequados. Por quê? Porque, a rigor, depende de singularidade. Vossa Excelência, mesmo, foi relator de um caso que envolvia o crime de pequena monta, mas realizado por agentes ligados à atividade militar.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Isso, perfeito, o debate foi esse.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): E, também, a quantificação, o problema da violência, em suma, ameaça. Há peculiaridades que nós não conseguimos estabelecer; e a própria evolução.

A sra. ministra Ellen Gracie: Por isso que a matéria penal é muito mais difícil de sumular.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não estou dizendo que esta matéria, não a matéria penal. Agora, progressão de regime, nós sabemos, e conseguimos – e acho que fizemos bem – que era possível estabelecer uma regra, e fizemos. E acredito que trouxe um grande alívio e uma grande pacificação da matéria. Porque hoje não há a menor dúvida de que é possível fazer.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Seja qual for a natureza do crime, seja qual for a gravidade, é possível.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Cabe ao juiz fazer a avaliação do caso concreto.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Fazer a avaliação.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Por quê? Porque não havia aqui espaço para outras considerações. Então, o Tribunal editou a súmula e fê-lo bem. Acredito que contribui em casos como esse. Agora, mesmo em outras matérias, nós sabemos que não estamos isentos de perplexidades. Eu me lembro do texto do ministro Victor Nunes. Ele até dizia: "Quando nós começamos a ter muitas controvérsias sobre a interpretação da súmula"...

A sra. ministra Ellen Gracie: É tempo de revisar a súmula.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Porque a interpretação é inevitável.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É inevitável; é incontornável.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas, quando começamos a ter muitas controvérsias, nós estamos dando sinais de que ela já carece de atualização. Era um pouco isso, um tipo de índice de bom aviso.

A sra. ministra Ellen Gracie: Claro.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Agora, veja a Súmula do Nepotismo; nós ainda não paramos para discutir, mas veja quanta controvérsia existe em torno desse tema. E não se trata de matéria penal. Porque é difícil

abranger, numa só ordem, numa só formulação, tantas especificidades. Se nós olharmos, por exemplo, que o CNJ editou quase que um Código Civil para regular o nepotismo, e nós tentamos formular...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Num enunciado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Num enunciado, mais ou menos preciso. O Governo Federal, agora, acaba de editar um decreto para tratar o tema. E vejam quantas perplexidades nós temos em torno do assunto.

Então, há aqui, realmente, um certo risco com a atividade de elaboração da súmula que não diz respeito ao direito penal. Veja, por exemplo, dosimetria. Claro que, se nós nos embrenhássemos na tarefa de estabelecer uma súmula sobre a dosimetria da pena, nós teríamos realmente enorme dificuldade.

A sra. ministra Ellen Gracie: Tudo que precise de análise subjetiva é difícil de sumular; diria mesmo que é impossível de sumular.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Pois é, mas eu estou dando exemplo de casos do processo penal, por exemplo, que não demandam esse tipo de consideração.

Mas estou fazendo toda essa consideração para concordar com Vossa Excelência, apenas para dizer que também acompanho o voto de Vossa Excelência, mas não com as premissas quanto ao não cabimento da súmula.

Assim, como haverá matérias outras envolvendo cláusulas gerais, que envolvam aplicação em que o intérprete tenha o poder discricionário muito grande, que nós não teremos condições de estabelecer. Em suma, nós temos alguns indicativos de que algumas matérias, em qualquer campo, não são passíveis de sumulação, por conta do poder que a própria legislação concede ao intérprete.

Então, talvez nós tenhamos de formular nesse sentido, mas não que não caiba em matéria penal. Dizer que não se pode estabelecer uma pena além de um determinado limite, enunciar aquilo que está no texto constitucional ou na legislação, me parece que é possível em matéria de súmula. Agora, realmente, devemos evitar súmulas que não tenham efeitos úteis.

Vossa Excelência poderia me recordar o texto?

O sr. ministro Celso de Mello: Da Súmula Vinculante 9?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Da lei? Da Súmula 9?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator):

> O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente (...).

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Ellen Gracie: Quanto a isso, eu concordo plenamente com o eminente relator.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): O da graduação.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): O ponto é este. É saber se de fato é falta grave ou não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu aventei, suscitei duas vertentes decisórias. Uma pela denegação da ordem pura e simplesmente, e uma pela concessão parcial da ordem, a fim de que o juiz da execução pudesse fazer um juízo de ponderação quanto aos efeitos dessa falta grave, porque me pareceu demasiadamente severo decretar a perda total dos dias remidos, além da decretação da regressão de regime penitenciário.

A sra. ministra Ellen Gracie: É consequência de lei, ministro.

VOTO
(Retificação)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, então, eu faço o seguinte: Como essa causa está me parecendo não ser um boa causa para assentarmos o juízo da proporcionalidade da falta grave, prefiro aderir ao ponto de vista que a maioria já manifestou e, de fato, denegar a ordem simplesmente.

ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Eu gostaria, apenas para não passar a oportunidade, de esclarecer à Turma que a minha posição, em relação às súmulas relativas à matéria penal, não é de absoluta proibição. O que faz parte da minha crítica é uma certa priorização que houve de matérias relativas à matéria penal e processual penal que são de alta subjetividade, conforme o caso das algemas. Temos visto que tais súmulas vinculantes têm sido objeto de controvérsia.

Por isso, sempre me pareceu que, em política de administração judiciária, o Tribunal deveria priorizar, sim, matérias tributárias e previdenciárias, que são o grande número na Justiça, e em questões absolutamente objetivas. Ou seja, a alíquota de tal imposto é de 5%, ponto final. Isso o Tribunal pode dizer de forma vinculante, sem que qualquer órgão da administração pública se atreva a questionar.

Essa é a minha crítica, ministro Gilmar Mendes, que eu endereço, de certa forma, ao nosso próprio encaminhamento. E, como eu mesma participei da edição dessas súmulas, embora vencida é uma autocrítica que faço quanto à priorização de matérias penais.

Não me parece devessem ser as primeiras a serem editadas pelo Tribunal.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu também, senhor presidente, agora com a adesão do eminente relator, eu rechaço a tese fundamental da impetração que é no sentido da impossibilidade de se considerar falta grave a simples posse de um *chip.*

Eu lembro que estamos diante de uma tecnologia totalmente inovadora. A posse de um *chip* equivale, na verdade, à posse de um aparelho de comunicação. Qualquer pessoa que detém a posse de cinco *chips* tem cinco linhas telefônicas, basta pedir emprestado o invólucro, o aparelhinho ali. E isso, dentro do sistema prisional, seria uma *aubaine.*

A sra. ministra Ellen Gracie: Nesse caso, o *chip* é o principal.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O *chip* é o principal. O invólucro que é o acessório, que é o fungível, substituível.

Eu considero falta grave, sem dúvida.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Se essa decisão prevalecer, senhor presidente, vamos tornar ineficaz a minha própria liminar. E o juiz ficará livre para homologar ou não, a juízo dele, o procedimento administrativo disciplinar.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: **Também eu**, senhor presidente, **concordo**, inteiramente, com o eminente ministro **relator**. **Acompanho**, pois, Sua Excelência **na denegação** do pedido.

Entendo que a posse do "*chip*" **ajusta-se** ao postulado da legalidade estrita **e** ao modelo estabelecido, pela Lei 11.466/2007, **no inciso VII** do art. 50 da Lei de Execução Penal.

Há um fragmento do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **da lavra** do ilustre subprocurador-geral, dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **que bem sintetiza** o que afirmou o eminente ministro AYRES BRITTO:

> ***Com alteração promovida*** *no art. 50 da Lei de Execução Penal pela Lei 11.466/07,* ***passou a ser considerada falta de natureza grave do preso*** *a posse, a utilização ou o fornecimento de aparelho telefônico, rádio ou similar, que permita a comunicação com outros reclusos ou com ambiente externo.* ***Resulta evidente que o desmonte do aparelho****, para fazê-lo ingressar no estabelecimento prisional* ***na forma de peças****, as quais serão posteriormente incorporadas a um só todo,* ***visa burlar*** *a fiscalização.* ***A admissão de que esse fracionamento das remessas*** *está amparado pelo princípio da legalidade,* ***afastando*** *a falta grave,* ***certamente contribuirá*** *para ampliar a indesejável comunicação dos detentos com o mundo exterior,* ***notadamente*** *daqueles vinculados ao comando do crime organizado.* ***Dessa forma****,* ***sendo o chip essencial*** *ao funcionamento do telefone celular, é inarredável concluir que a posse desse componente,* ***tanto quanto*** *a posse do próprio celular,* ***caracteriza*** *falta disciplinar de natureza grave,* ***pois****, tal como salientado pelo acórdão*

impugnado emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, ***a entrada fracionada*** *do aparelho celular é uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.* [**Grifei**.]

Esse, a meu ver, **é o espírito** da lei, **é a motivação** que levou o legislador **a cominar** aquela sanção disciplinar **prevista** no inciso VII do art. 50 da Lei de Execução Penal.

E o objetivo é este: o de cercear, impedir, obstar qualquer comunicação da comunidade penitenciária com o mundo exterior. A condição prisional de alguém **constitui** fator não só de privação de liberdade, **mas**, igualmente, **de restrição** de direitos. **É a própria** Lei de Execução Penal que o diz, **embora ressalvando** certos direitos básicos **e que**, neste caso, **foram observados** pela autoridade competente, **inclusive** a garantia do devido processo, em sede procedimental administrativa.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É o fato de ele estar saindo num regime de progressão.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): E foi ouvido em juízo também.

O sr. ministro Celso de Mello: **Tenho para mim** que a interpretação dada pelo eminente relator **ajusta-se** ao espírito da lei. **E respeitar** o espírito da lei **não significa** transgredir o postulado da estrita legalidade.

A sra. ministra Ellen Gracie: Até porque, ministro Celso, nesses casos, a técnica de fracionamento dos aparelhos serve a uma minimização de riscos, na medida em que nem todas as peças serão apreendidas. Nesse caso, o eminente relator frisou que o apenado não se adiantou à revista, ele se submeteu à revista. Para se acreditar nessa versão de esquecimento, ele poderia ter-se adiantado e ter oferecido para que fosse guardado até a sua próxima saída.

O sr. ministro Celso de Mello: É uma técnica engenhosa que facilita a circulação clandestina, com o objetivo de burlar a incidência da regra legal.

A sra. ministra Ellen Gracie: E, em todos os equipamentos eletrônicos, isso é uma praxe. Nos descaminhos – e o nosso subprocurador-geral sabe bem, lá da 4ª Região, com a porta de entrada em Foz do Iguaçu – se faz isso. Nos computadores são enviadas as carcaças, por um tipo de transporte, e os *chips* por outro tipo de transporte e portador.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): O coração da máquina.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Também me manifesto nesse sentido, entendendo que aqui pode estar caracterizada a falta grave. Entendo, todavia, a manifestação do relator no sentido de que, em alguns casos, podemos divergir quanto à caracterização da falta grave. É nesse sentido que poderia haver, então, a aplicação da própria ideia de proporcionalidade.

Mas, reconhecendo-se que há a falta grave, obviamente temos de aplicar todas as consequências que decorrem da lei. E não estamos colocando em

dúvida. Pelo contrário, a súmula reforçou a ideia da plena compatibilidade entre a disposição legal e a Constituição.

Mas volto a repetir agora – só pra também deixar muito clara a posição em relação a súmulas – que, realmente, temos de fazer as eleições. E temos feito em relação aos temas, e isso está um pouco jungido àquilo que tem, de alguma forma, a pacificação no Plenário.

Outra que muitas vezes ocasiona dificuldade é a súmula das algemas. Nós já sabíamos, quando a aprovamos, que haveria essa dificuldade. Mas atribuímos inclusive as consequências de levar até anulação da própria ordem de prisão. Por que sabíamos o quê? Sabíamos que, naquele contexto, ocorriam abusos políticos com a utilização da prisão provisória, com o sentido político. Daí aquela redação bastante cuidadosa que nós tivemos. E acredito que foi uma resposta adequada àquele modelo de estado policial que estava, de fato, em gestação.

Recentemente foi publicada uma obra de um jornalista, Raimundo Pereira, chamando a atenção para esse tipo de prática, coisas engendradas – não ocorriam por acidente, não eram agentes policiais que decidiam brincar de agentes da CIA. Não. Havia um projeto político atrás disso. E o Tribunal deu uma resposta adequada, via súmula vinculante das algemas – mas isso é apenas para encerrar o nosso seminário.

EXTRATO DA ATA

HC 105.973/RS — Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Patrik de Souza. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem e cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie e o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

HABEAS CORPUS 106.244 — RJ

Relatora: A sra. ministra Cármen Lúcia

Pacientes: José Cezar Pereira e Verônica Mattos da Costa — Impetrante: Walter Arnaud Mascarenhas Júnior — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Constitucional, penal e processual penal. Prova ilícita. Contaminação do conjunto probatório: derivação inexistente. Legalidade de prorrogações do prazo inicial da escuta. Elevado número de terminais alcançados pela medida: possibilidade. Qualidade da degravação das escutas telefônicas: tema estranho aos limites do *habeas corpus*.

1. As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes.

2. A ilicitude de uma prova não contamina os demais elementos cognitivos obtidos e que dela não derivaram. Precedentes.

3. O tempo das escutas telefônicas autorizadas e o número de terminais alcançados subordinam-se à necessidade da atividade investigatória e ao princípio da razoabilidade, não havendo limitações legais predeterminadas. Precedentes.

4. Eventuais deficiências qualitativas na tradução do material degravado não invalidam a prova regularmente colhida, devendo o tema ser tratado no curso da instrução da ação penal, considerados os limites do *habeas corpus*.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio. Falou o dr. Walter Arnaud Mascarenhas Júnior, pelos pacientes. Ausente, justificadamente, o ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 17 de maio de 2011 — Cármen Lúcia, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Cármen Lúcia: 1. *Habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por **Walter Arnaud Mascarenhas Júnior**, advogado, em favor de

José Cezar Pereira e **Verônica Mattos da Costa**, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

2. Indeferi a liminar, em 30-11-2010, registrando, então, os aspectos relevantes da impetração, *verbis*:

> (...) os pacientes foram denunciados como incursos nos crimes tipificados nos art. 35 c/c o art. 40 da Lei 11.343/2006 e 1º, I, da Lei 9.613/1998, em concurso material.
>
> 3. A denúncia, com 118 laudas, baseou-se em interceptações telefônicas empreendidas pela Polícia Federal.
>
> 4. A Defesa alegou vícios na obtenção daquela prova, impetrando, então, *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, questionando a sua validade e pedindo o reconhecimento de sua nulidade.
>
> 5. Sem êxito, provoca, agora, este Supremo Tribunal Federal, impetrando o presente *habeas corpus*, para o fim de "demonstrar que a transcrição feita de forma parcial, mediante eleição subjetiva de sua importância, com livre interpretação e tradução por policial sem habilitação técnica não pode prosperar de modo algum", já que "a simples retirada do trecho de diálogo imprestável ou a simples desconsideração do outro vício aqui alegado – transcrição mal feita ou não realizada – equivale a considerar o próprio vício um defeito de somenos importância" (grifos do original).
>
> 6. Requer se "defira a *liminar* para sobrestar o feito principal até decisão final deste *writ* e, no mérito, *conceda a ordem* para, anular *ab initio* o processo ou extingui-lo por força da imprestabilidade da interceptação telefônica que lhe serviu de base ou, na pior das hipóteses, determine a sua 'completa' retirada dos autos".

3. Como mencionei antes, indeferi a liminar porque os dois principais itens da petição, a saber, "quanto ao 3º e 4º vícios apontados" no Superior Tribunal de Justiça, objeto específico e expresso da presente impetração, tinham sido objeto de cuidados daquele digno órgão judicante, sem que se vislumbrasse manifesta ilegalidade na decisão proferida:

> *Habeas corpus preventivo. Associação para o tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro. Inexistência de nulidade da prova por ausência de razoabilidade do período de duração da interceptação telefônica (1 ano e 7 meses) ou do excessivo número de terminais ouvidos. Interceptação telefônica autorizada judicialmente de forma fundamentada. Prorrogações indispensáveis diante da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas e do nível de sofisticação da organização criminosa, com ramificações na América do Sul, na Europa e nos Estados Unidos. Desnecessidade da degravação integral das mídias e de peritos especializados para tal fim. Precedentes do STJ e do STF. Pequeno período (7 dias), em que realizada a escuta sem amparo e autorização judicial, ainda que por erro da operadora de telefonia. Prova ilícita. Indispensabilidade do desentranhamento do áudio e da degravação correspondente dos autos. Aplicação da teoria da descoberta inevitável pelo Tribunal a quo, em habeas corpus, sem prévia manifestação do juízo de primeiro grau. Constrangimento ilegal verificado, no ponto. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 5-1-2006 a 11-1-2006, por ausência de decisão autorizadora da medida.*

1. A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, esses últimos países receptores da droga, bem como na ocultação dos lucros auferidos com a atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica.

2. Nesse contexto, não se divisa ausência de razoabilidade no tempo de duração das interpretações ou na quantidade de terminais interceptados, porquanto a dita numerosa quadrilha – veja-se que somente os ora pacientes possuíam onze linhas telefônicas – e as intrincadas relações estabelecidas necessitavam de minucioso acompanhamento e apuração.

3. Ademais, a legislação infraconstitucional (Lei 9.296/1996) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo vai depender do tipo de investigação a ser feita – quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes do STJ e STF.

4. É dispensável a degravação integral dos áudios captados ou que esta seja feita por peritos ou intérpretes, cabendo à autoridade policial, nos exatos termos do art. 60, §§ lº e 20 da Lei 9.296/1996, conduzir a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz.

Precedentes do STJ e STF.

5. Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (sete dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo juízo.

6. Especificamente sobre o fato objeto da escuta realizada em período não acobertado pela autorização judicial, sua ocorrência poderá ser demonstrada por outros meios, se existentes, desde que não decorrentes diretamente da prova tida por ilícita; assim, eventual incidência das teorias da prova ou da fonte independente ou da descoberta inevitável, deverá ser apreciada pelo juízo de primeiro grau, após análise ampla do conjunto probatório, vedado que o Tribunal *a quo*, em *habeas corpus*, ação de cognição restrita, decida, a priori, pela validade da prova captada de forma ilegal.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem parcialmente concedida, apenas e tão somente para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 5-1-2006 a 11-1-2006, por ausência de decisão judicial autorizadora da medida.

4. Os impetrantes alegam que, no presente *habeas*, "se pretende demonstrar que a constatação na denúncia de quaisquer dos vícios alegados, não deve gerar somente a invalidade da 'parte viciada', senão da própria ação penal ou de toda a medida cautelar".

Daí por que no presente *habeas* se pede seja concedida a ordem "para anular *ab initio* o processo ou extingui-lo por força da imprestabilidade da interceptação telefônica que lhe serviu de base ou, na pior das hipóteses, determine a sua completa retirada dos autos".

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, realçando que "os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – que são inerentes ao Estado Democrático de Direito como o brasileiro – avalizam a conclusão da Corte Superior, que acertadamente determinou o desentranhamento de parte da prova reputada ilícita, sem prejuízo da tramitação do feito, considerando que a interceptação telefônica não é a única prova a lastrear a acusação, existindo outros meios de prova a fundamentá-la".

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): 1. No presente *habeas corpus* se põe em questão a validade de provas obtidas na denominada Operação Lince, da Polícia Federal.

Segundo o impetrante, irregularidades formais apontadas por ele na interceptação telefônica comprometeriam a totalidade da apuração, levando à nulidade do processo e não apenas a supressão daquelas provas para fins de embasar a ação penal.

2. Dois os itens que se pretende pôr em questão e que, segundo o impetrante, não teriam tido conclusão judicial coerente com a legislação vigente, a saber, "a atuação da autoridade judiciária que transfere para a Polícia Federal toda discricionariedade pela lisura da interceptação telefônica" e ainda, a ausência de autorização judicial de uma pequena parte (dos dias 5-11 a 11-11) das interceptações realizadas.

Os temas, como destaquei no relatório, foram enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça e, conquanto a conclusão não esteja de acordo com o pleito do impetrante, o acórdão questionado está em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal.

3. Inicialmente, constatou-se que no interregno de sete dias, a saber de 5-11-2006 a 11-11-2006, as escutas telefônicas estiveram desacobertadas de autorização judicial, supostamente por erro da operadora.

Esse interstício deu-se quando estavam avançados os trabalhos investigatórios, de sorte que já havia sido consolidada uma apuração anterior, com o devido respaldo judicial, e ocorreu outra posteriormente, também com prévia decisão judicial.

Para descaracterizar qualquer alegação de inidoneidade da apuração no malfadado período de sete dias, o acórdão combatido determinou o desentranhamento da prova obtida no referido intervalo, para que fosse "desconsiderada pelo juízo".

Portanto, os elementos cognitivos eventualmente apurados naquele interstício, por imperativo judicial, não poderão orientar a prestação jurisdicional.

Essa solução preserva a colheita da prova, colocando-a em harmonia com o que estabelece o art. 5º da Lei 9.296/1996 (*A decisão será fundamentada, sob*

pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova). Ou seja, toda a escuta presente nos autos está lastreada em decisão judicial.

Vale destacar, ainda, que a nulidade pontual de uma das provas não tem o condão de invalidar o processo ou mesmo o restante do conjunto probatório, que se mantém preservado. A consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade, conforme estabelece o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República.

O Supremo Tribunal já decidiu que, "reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada" (Inq 731-ED/DF, rel. min. Néri da Silveira, publicado em 7-6-1996) e que "a prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito" (HC 75.497/SP, rel. min. Maurício Corrêa, j. 14-10-1997).

Não se mostrando isolada a prova colhida naquele intervalo, podem os demais elementos cognitivos, que dela não derivaram, orientar a prestação jurisdicional, mesmo porque prevalece, em detrimento à Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, a Teoria da Descoberta Inevitável, como apontou o acórdão hostilizado.

De qualquer forma, por determinação do Superior Tribunal de Justiça, a prova tida como irregular, e apenas ela, não poderá ser apreciada para formação de convencimento.

4. Ao contrário das alegações do impetrante, o tempo despendido nas escutas e o número de terminais alcançados pela medida mostraram-se imprescindíveis à elucidação dos fatos e proporcionais a sua gravidade e à envergadura da organização criminosa.

A propósito, enfatizou-se no acórdão a pujança do empreendimento criminoso, rotulando de "articulada e poderosa" a organização criminosa que se especializara "no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, bem como na ocultação dos lucros auferidos com atividade criminosa mediante aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica".

Era necessário, portanto, que os trabalhos de investigação consumissem mais tempo, indo além de uma única prorrogação.

Essa dilação, quando necessária, deve ser chancelada, posto que solução contrária constituiria "autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma interceptação, até que produza os efeitos almejados. (...) Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto

for útil à colheita da prova" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 729).

Não se deve perder de vista que a Lei 9.296/1996 não estabelece limitações quanto ao número de terminais cobertos pela escuta, exigindo apenas os arts. 4º e 5º, respectivamente, "a demonstração de que a sua realização é necessária" e a "fundamentação" pelo juiz.

Em razão das peculiaridades do caso enfrentado (os pacientes possuíam onze linhas telefônicas, por exemplo), mostrou-se aceitável o período das investigações.

O Supremo Tribunal vem admitindo prorrogações sucessivas, desde que os fatos sejam "complexos e graves" (Inq 2.424, rel. min. Cezar Peluso, j. 26-11-2008) e que as decisões sejam "devidamente fundamentas pelo juízo competente quanto à necessidade de prosseguimento das investigações" (RHC 88.371, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-11-2006).

5. Quanto à degravação integral dos áudios, considero que a exigência do impetrante não encontra respaldo na lei e mostra-se despropositada.

Os assuntos periféricos, desinteressantes à elucidação dos fatos e estranhos ao objeto da investigação, podem ser preteridos pela autoridade policial. É o que se extrai dos art. 9º, *caput* (*A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada*), e art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 (*No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição*).

Inverte-se, então, o interesse, cabendo ao eventual prejudicado indicar os trechos que deseja ver transcritos. Para Nucci, "se a defesa impugnar algum trecho, alegando falsidade ou emenda indevida, deve-se submeter o material à perícia, logo haverá transcrição" (Ob. cit., p. 730).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal, por maioria, ao demarcar que, "para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da Lei 9.296/1996)" (HC 83.515, rel. min. Nelson Jobim, j. 16-9-2004).

6. No que se refere à qualidade da tradução, tida como "péssima" pelo impetrante, é de se observar que essa suposta deficiência não invalida a prova colhida pela autoridade policial, exceto se fosse apontado especificamente em que passagem estava essa deficiência, nos moldes determinados no art. 6º, *caput*, da Lei 9.296/1996.

Analisando questão similar, em que a defesa também sustentou ilegalidades nas interceptações telefônicas, "especialmente porque determinadas por autoridade incompetente, realizadas em desrespeito ao prazo imposto pelo art.

5º da Lei 9.296/1996 e não degravadas por peritos", o Supremo Tribunal rejeitou a tese, validando a prova. No voto condutor do HC 84.301, o ministro Joaquim Barbosa observou que:

> (...) o paciente alega que todo o material coletado [na interceptação telefônica] deveria te sido degravado por peritos oficiais, conforme exige o art. 159, *caput*, do Código de Processo Penal.
>
> Tenho que esse argumento também não se aplica ao caso concreto.
>
> Ora, toda a atividade investigativa pertinente à Operação Anaconda foi realizada por setor de inteligência da Polícia Federal, e não há nos autos notícia da completa degravação das fitas. Note-se que o que deu ensejo às denúncias do Ministério Público Federal foram os relatórios da Polícia Federal (Apenso 2) e que, efetivamente, a prova pericial deverá servir de base à sentença, o que, sabidamente, não se aplica ao recebimento da denúncia.
>
> Assim, a prova produzida mostra-se perfeitamente válida, apta, portanto, a embasar a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (...).

No RHC 83.071, rel. min. Gilmar Mendes, a "degravação realizada por peritos não oficiais" foi reputada válida para o recebimento da denúncia, *verbis*:

> Recurso de *habeas corpus*. 2. Denúncia formulada contra prefeito tendo em vista conduta tipificada nos arts. 147 (ameaça), e 333 (corrupção ativa) c/c o art. 71 (crime continuado) do Código Penal; e no art. 39 da Lei 9.605, de 1998 (corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente), c/c os arts. 29 (concurso de pessoas) e 69 (concurso material) do Código Penal. 3. Oferta de benefícios ilícitos e ameaça a Sargento da Polícia Militar para que este não agisse com a devida exação em atos de fiscalização ambiental. 4. Denúncia acompanhada de degravação de fitas de áudio e vídeo realizada por peritos não oficiais. 5. Requerimento, formulado na denúncia, de degravação das fitas de áudio e vídeo por peritos oficiais. 6. Pleito formulado pelo denunciado para que o prazo para apresentação de defesa preliminar (art. 4º da Lei 8.038, de 1990) fosse interrompido até que tivesse o acusado acesso à degravação oficial das fitas. 7. *Habeas corpus* considerado prejudicado no âmbito do STJ. 8. Recurso em que são reiteradas as alegações apresentadas perante o STJ, no sentido de que o paciente não poderia apresentar resposta escrita sem conhecer os termos de prova contida nos autos. 9. Considerando-se que no *habeas corpus* ajuizado perante o STJ postulava-se tão somente a interrupção do prazo para apresentação da resposta preliminar, recebida a denúncia, nos termos do art. 7º, da Lei 8.038, de 1990, restou sem objeto a impetração. 10. Recurso a que se nega provimento. [*DJ* de 6-2-2004.]

Ademais, não é o *habeas corpus,* dados os seus estreitos limites instrutórios, a via processual adequada para a análise do tema, porque se teria de refazer a prova por este Supremo Tribunal, o que não é possível.

A alegação do advogado de que "parece que houve até coisas inventadas" não pode servir de suporte para considerar inválidas as provas produzidas, porque não há indicação específica dessa suposta invenção.

O *habeas corpus* não comporta exame detalhado da prova, pois a instrução deve ser pré-constituída, ao contrário do que se possibilita nos processos comuns.

Nesse sentido, HC 107.350, de minha relatoria, j. 3-5-2011; HC 104.314, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-11-2010; e HC 104.408, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5-10-2010).

Também reconhece o impetrante que não há lei que imponha a exigência pela qual ele tem percorrido todas as instâncias.

Compete, assim, ao magistrado responsável pela instrução do processo apreciar eventuais falhas na tradução, se for o caso, e afastá-las de acordo com o que for devida, expressa e objetivamente indicadas, o que não se da na presente ação.

A capacidade do responsável pelo trabalho, enquanto constatação isolada, é irrelevante para a validade ou não da perícia.

7. Pelos aspectos explorados pelo impetrante não se prestam a invalidar toda a prova até então produzida e, mais que isso, a impedir a marcha regular do processo já em andamento, razão pela qual **encaminho a votação no sentido de denegar a ordem**.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, verifico que o Superior Tribunal de Justiça, de forma convincente, destacou o seguinte... destaquei, aqui, este trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos (...).

Sob esse ângulo, o Superior Tribunal de Justiça não entreviu a ausência de razoabilidade no tempo da duração das interceptações, porque um dos integrantes, por exemplo, possuía onze linhas telefônicas. Então, essa amplitude de interceptações se deveu, também, ao fato de que alguns pacientes tinham muitas linhas telefônicas e houve, inclusive, a renovação desse prazo. Então, a questão central fica exatamente nessa degravação, teoricamente, porque ainda não estamos em sentença, estamos na fase da denúncia, de recebê-la, estamos num âmbito de que, em sete dias, por falta de autorização judicial, se realizaram interceptações que foram degravadas, mas também consta do voto que as outras provas coligidas lastreiam a acusação, havendo inúmeras outras que fundamentam a persecução penal do representante do Ministério Público.

Fiquei atento aos votos que Vossa Excelência citou, com precedente do Supremo Tribunal Federal, e tendo em vista que estamos nessa fase ainda preliminar da denúncia, evidentemente que a valoração da prova toda vai ser feita quando da sentença final, e, aí, sim, poder-se-á verificar se o juiz, ao decidir, o fez de forma isolada com base em prova ilícita.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Nesses sete dias, ministro, foi retirada.

O sr. ministro Luiz Fux: Foi retirado esse conteúdo. Não tenho absolutamente nada a acrescentar ao voto de Vossa Excelência, estou plenamente de acordo.

Pela denegação da ordem.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhora presidente, o que chama a atenção, aqui, é que todas as alegações de ordem jurídica trazidas vão ser ponderadas pelo juízo de primeira instância. E, de todas essas alegações relativas à validade ou não dessas provas, não estamos, a meu ver, dada a complexidade, habilitados, nesse momento, no veículo do *habeas corpus*, a fazer uma análise de fundo.

Por isso, acompanho Vossa Excelência, mas sem formar juízo de valor sobre a validade ou não dessas provas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente e relatora): Pelo princípio da causalidade, o juiz vai poder até avaliar.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente, para que possa vir, livremente, a ser formada a convicção no juízo adequado, onde tramita a ação penal.

Mas, é com muita dificuldade que poderia, aqui, a meu ver, conceder a ordem para trancar uma ação penal, decretar a nulidade dessas provas, até porque o *habeas corpus* é um instrumento muitas vezes unilateral – formado exatamente pela defesa – que não traz, necessariamente, todos os elementos. Embora nós requisitemos informações, essas informações são enviadas pelas autoridades apontadas, para as quais são enviados os ofícios.

Mas, sem me comprometer com a tese, diante das circunstâncias específicas do caso, eu acompanho Vossa Excelência. As teses são teses sérias, são teses que devem ser enfrentadas, realmente, mas no momento oportuno. Não vislumbro, neste momento, possibilidade, então, de enfrentá-las nesse instrumento.

Por isso, acompanho Vossa Excelência, com esses fundamentos.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, o julgamento da Turma legitima essa prova. Haverá a preclusão quanto ao merecimento da interceptação – não há a menor dúvida –, sob pena de julgarmos o *habeas*, indeferirmos a ordem, portanto, endossando a prova tal como produzida, e vir um órgão de primeira instância – não sei se a competência é originária de Tribunal – a colocar em segundo plano a óptica do Supremo. Então, teremos que decidir se a prova é legitima ou não.

Presidente, quanto mais grave a imputação, maior deve ser a observância das franquias constitucionais, que não são acionadas considerado o homem

médio, o homem padrão. São acionadas por aqueles que, de alguma forma, estão sendo acusados de haver claudicado na arte de proceder em sociedade.

A regra é a privacidade. A exceção é o afastamento dessa privacidade. Quanto à interceptação telefônica, o preceito constitucional autoriza-a para objetivo único, ou seja, a investigação ou a instrução processual criminal. Remete à lei, e a lei – já se disse da necessidade de editar nova lei, quando, em última análise, o que precisa ocorrer é a observância da existente – é categórica acerca da forma a ser observada. Os dispositivos, porque regulamentam a Carta da República, inserida no cenário jurídico exceção à privacidade, não são simplesmente dispositivos, podendo ser acionados, ou não, de acordo com o pensamento daquele que deve praticar o ato. Os preceitos são cogentes, são inafastáveis.

A interceptação precisa estar balizada no tempo. Prevê o art. 5º da Lei 9.296/1996 que há de observar-se "o prazo de quinze dias renovável" – segundo está no dispositivo – "por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

Digo mais, presidente, já o fiz no Plenário: a interceptação que extravase trinta dias não é interceptação, é bisbilhotice. A lei compele a transcrição, ou seja, a fita deve ser degravada, e também a autoridade policial a elaborar auto circunstanciado quanto aos parâmetros observados na interceptação. E se tem que, após essa degravação, deve haver o afastamento – já que o objetivo é a investigação criminal – de tudo que não diga respeito à mesma investigação, com o acompanhamento das partes.

Na espécie, houve uma interceptação que extravasou as balizas temporais da Lei 9.296/1996 e se projetou no tempo. Então, se diz: como existem horas e horas de gravação, é inviável degravar, transcrever. Se ocorre a inviabilidade, é porque foi transgredida a lei no que não se observou a limitação nela prevista quanto ao tempo de duração da interceptação. E, na maioria das vezes, é entregue a mídia – que pode ser examinada com tempo – para o Ministério Público – para oferta de denúncia, sem observância, portanto, de prazo – e para a defesa, para que, então, ante o que pinçado pelo Ministério Público a interessar à acusação, proceda à audição e verse a impugnação. Isso não atende ao figurino legal. Reconheço que fui voz isolada no Plenário quando do julgamento do Inq 2.424/RJ, em que se tinha mais de quarenta e três mil horas de gravação. Mas continuo convencido de que o direito posto há de ser observado, e tem força cogente.

Se teria, percebi assim, procedido à degravação. As conversas não se fizeram no vernáculo, em português, mas em espanhol. A degravação não teria sido operada por técnico, por alguém que, realmente, dominasse o espanhol. É certo que o Superior Tribunal de Justiça – penso que foi – concedeu a ordem para expungir do processo gravação pertinente a período não autorizado pelo Judiciário. Mas o defeito quanto ao que sobejou e será levado em conta, evidentemente, no julgamento da ação penal, subsiste, não foi alijado. Presidente, não precisamos, no Brasil, de novas leis, mas da conscientização de que as leis editadas são de observância obrigatória. Evidentemente, se é certo que a Constituição

Federal viabiliza a interceptação, indispensável é que essa interceptação, como está em um dos incisos do principal rol das garantias constitucionais, se faça na forma da lei. A forma da lei é essencial à valia do ato, caso contrário, a lei será um penduricalho e se terá ampla liberdade para interceptar e proceder-se, de qualquer forma, quanto ao resultado da interceptação.

Peço vênia, presidente, a Vossa Excelência para conceder a ordem. Repito que estamos julgando em definitivo a matéria. Que essa matéria não vai ser ressuscitada, posteriormente, muito menos quanto à valia da interceptação e da degravação, muito menos pela primeira instância. Não sei a consequência exata. Houve o extravasamento, realmente, do prazo previsto no art. 5º quanto às gravações?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente e relatora): Quinze dias? Houve.

O sr. ministro Marco Aurélio: Foram prorrogações sucessivas até levantar-se alguma coisa que pudesse incriminar. Entendo que o apurado, mediante a interceptação implementada ao arrepio dos parâmetros da Lei 9.296/1996, deve ser expungido do processo. Com isso, porque houve o recebimento da denúncia, e o pronunciamento, a decisão interlocutória, considerou, evidentemente, essa interceptação, fulmino o recebimento da denúncia a fim de que sejam aprofundadas as investigações, ou então – e, para mim, o fato consumado tem força relativa, é preciso que esteja em harmonia com a lei –, delibere-se recebendo, ou não, a denúncia, tendo em conta o que coligido, afastado o resultado da interceptação.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, só para, também, não firmar o meu compromisso com essa tese. Quer dizer, o pedido é de trancamento da ação penal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não chego a tanto.

O sr. ministro Luiz Fux: Não? O pedido é de trancamento de ação penal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Declaro insubsistente o recebimento da denúncia.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente e relatora): Não, o pedido escrito é:

> para anular *ab initio* o processo ou extingui-lo por força da imprestabilidade da interceptação telefônica que lhe serviu de base ou, na pior das hipóteses, determine a sua completa retirada dos autos.

O sr. ministro Luiz Fux: Muito bem, então o que estamos dizendo aqui: não estamos anulando porque nós estamos entendendo, *incidenter tantum*, que ainda que essas provas não tenham essa força probante, há outros elementos de prova que corroboram as conclusões a que se chegou em relação a essas provas também. Agora, a valoração da prova, nem é o momento de fazê-la na denúncia.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente e relatora): Nem é, porque é o juiz vai fazer o processo.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu, particularmente, me sentiria à vontade de num outro *habeas corpus*...

O sr. ministro Marco Aurélio: Confesso que não li o teor da comunicação telefônica. Não estou valorando essa prova. Estou apenas perquirindo a harmonia, ou não, da produção com o figurino legal. E, entendendo, como não se observou a lei de regência – prevista pelo próprio texto constitucional, no que prevê a quebra na forma da lei –, essa prova, esse elemento de convicção, deve ser expungido do processo.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, é que eu entendi que, talvez, nós estivéssemos, aqui, afirmando a validade da prova e que isso teria uma eficácia vinculante para outro juízo. Não é. Não entendo assim.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente e relatora): Não, nós estamos dizendo que...

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, o que coloquei é que não se poderá, depois de o Supremo ter placitado a prova, em termos de forma, questioná-la, já que não prolatamos decisão submetida a condição resolutiva que, vindo à balha, afasta-a do cenário jurídico. Formalizamos decisão definitiva, decisão de mérito, que diz respeito, repito, não ao conteúdo da prova, mas à forma mediante a qual foi produzida.

EXTRATO DA ATA

HC 106.244/RJ — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pacientes: José Cezar Pereira e Verônica Mattos da Costa. Impetrante: Walter Arnaud Mascarenhas Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio. Falou o dr. Walter Arnaud Mascarenhas Júnior, pelos pacientes. Ausente, justificadamente, o ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o ministro Ricardo Lewandowski. Subprocurador-geral da República, dr. Wagner Mathias.

Brasília, 17 de maio de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

HABEAS CORPUS 106.976 — PR

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Emerson dos Santos Cora — Impetrantes: Sidinei Roque Cichocki e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Tráfico de drogas. Lança-perfume. Súmula 691.

1. Apesar de a droga apreendida ser lança-perfume, de baixa intensidade lesiva, a grande quantidade envolvida aliada à fuga do paciente do local do crime impedem que a decretação da prisão cautelar seja qualificada como arbitrária.

2. Não se admite *habeas corpus* contra o indeferimento de liminar em *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, salvo em casos teratológicos, o que não se verifica no presente feito. Súmula 691.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora para o acórdão.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012 — Rosa Weber, relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o deferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida:
>
> **Impetrações sucessivas – Prisão preventiva – Insubsistência dos fundamentos – Liminar deferida**.
>
> 1. A Assessoria prestou as seguintes informações:
>
> O paciente foi preso preventivamente em 23 de novembro de 2010, em virtude de suposta prática do crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33). Apresentado pedido de revogação da custódia, o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Realeza, Estado do Paraná, indeferiu a pretensão, anotando a necessidade da medida em razão da fuga do réu do local do crime, no momento do flagrante do corréu Adelar Ferreira Prestes. Ressaltou também a natureza extremamente perniciosa do tráfico de drogas, crime do qual decorrem tantos outros delitos com violência contra a pessoa e lesão ao patrimônio,

gerando comoção social. Além disso, estaria demonstrada a possibilidade de o paciente abandonar o distrito da culpa, se viesse a ser condenado, pois contra ele penderia o cumprimento de mandado de prisão expedido pelo Poder Judiciário de outro Estado, fato a demonstrar o temor de acabar obstada a aplicabilidade da lei penal.

No *habeas* impetrado no Tribunal de Justiça estadual, o pleito de concessão de medida acauteladora não veio a ser acolhido porque, nos termos do art. 44 da Lei 11.343/2006, é vedada a liberdade provisória nos casos de prática do crime de tráfico de entorpecentes. Reafirmou-se a necessidade da prisão processual, considerando-se: a) a gravidade do crime supostamente cometido, b) o fato de cuidar-se de apreensão de 48 caixas com 120 lança-perfumes, sendo o paciente apontado como o idealizador/mentor do tráfico de drogas, c) a tendência de abandonar o distrito da culpa, o que poderia frustrar a aplicação da lei penal.

A defesa formalizou idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça. O ministro Ari Pargendler, no curso das férias forenses, indeferiu o pedido de concessão de liminar formulado no *Habeas Corpus* 193.608/PR.

Neste processo, o impetrante sustenta cuidar-se de hipótese na qual se admite a relativização do óbice revelado no Verbete 691 da Súmula do Supremo. Discorre sobre os fatos imputados ao paciente e diz da ilegalidade da prisão bem assim do ato judicial mediante o qual o Tribunal de Justiça não acolheu o pedido de liminar. Realça ser presuntiva a necessidade da prisão cautelar, pois não estaria demonstrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não se mostrando suficiente a gravidade do delito e a suposta tendência de abandonar o distrito da culpa, dificultando a aplicação da lei. Afirma tratar-se de antecipação da execução da pena, dada a ausência de elementos concretos a justificar a ordem de prisão cautelar. Defende que se deveria dar relevo às condições pessoais do paciente, como a primariedade e o fato de possuir domicílio certo. Consoante destaca, no Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. Acrescenta ser o art. 44 da Lei 11.343/2006 – que veda a liberdade provisória àqueles acusados da prática de tráfico de entorpecentes – de duvidosa constitucionalidade, conforme decisão proferida pelo ministro Celso de Mello no HC 97.976.

Pede a concessão de liminar, no sentido de determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, assegurando-lhe o direito de permanecer solto enquanto responder à ação penal. No mérito, pleiteia a confirmação da providência, cassando-se, em definitivo, a ordem de custódia cautelar.

O Juízo da Vara Criminal da Comarca de Realeza/PR esclareceu que o Processo-Crime 0001287-93.2010.8.16.0141 está concluso, aguardando o cumprimento de carta precatória. O *Habeas corpus* 193.608/PR, distribuído ao ministro Adilson Vieira Macabu, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, convocado, foi requisitado da Procuradoria-Geral da República para a formalização das informações solicitadas pelo Supremo, encontrando-se concluso.

(...)

Brasília – residência –, 10 de abril de 2011, às 12h45.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer, afirma mostrar-se de caráter excepcional o conhecimento de *habeas* impetrado contra decisão que implicou o indeferimento de liminar requerida em idêntica medida em curso no Superior

Tribunal de Justiça, sendo admitido apenas quando presente flagrante ilegalidade. Ressalta não se enquadrar a espécie nesse caso.

No mérito, sustenta estar a decisão mediante a qual determinada a custódia cautelar do paciente devidamente motivada nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal – garantir a ordem pública, preservar a sociedade de outras ações delituosas por parte do acusado e assegurar a aplicação da lei penal, ante o fato de o paciente ter fugido no momento da ação policial, na qual foram apreendidas as substâncias ilícitas. Aduz existir, no art. 44 da Lei 11.343/2006, vedação legal à concessão de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, havendo o Supremo decidido, no julgamento do HC 97.256/RS, pela inconstitucionalidade daquele dispositivo legal apenas no tocante à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Salienta que as condições pessoais favoráveis do paciente, por si sós, não são suficientes para desconstituir a prisão preventiva se presentes outros requisitos objetivos e subjetivos a autorizar a aplicação da medida.

Citando precedentes jurisprudenciais, opina pelo não conhecimento e, no mérito, pelo indeferimento da ordem.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 17 de novembro de 2011, revelou que a Quinta Turma daquele Tribunal não conheceu do pedido formulado na impetração, por entender que, estando pendente de julgamento idêntica medida formalizada no Tribunal estadual, o Superior Tribunal é incompetente para conhecer do *habeas* como recurso ordinário substitutivo.

Lancei visto no processo em 18 de novembro de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 29 seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Reitero o que consignei ao deferir, em 10 de abril deste ano, a medida acauteladora:

2. O título referente à prisão preventiva não se sustenta. Concordemos com o Juízo quanto a ser dos mais graves o crime de tráfico de entorpecentes – no caso, a apreensão de grande quantidade de lança-perfume. Todavia, reiterados são os pronunciamentos do Supremo no sentido de, apesar da envergadura do crime, da repercussão que possa ter no âmbito social, não haver a prisão automática.

Também não vinga o que asseverado sobre a fuga ao flagrante. Está-se no campo do grande todo que é a autodefesa. Vale notar que, passado o tempo próprio ao fenômeno, o paciente apresentou-se espontaneamente.

O que dizer da comoção social? A atividade judicante vincula-se não ao sentimento da sociedade, mas ao direito posto. O receio quanto à impunidade e à segurança não respalda a prisão provisória. A teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, é preciso mais. A inversão da ordem natural das coisas, prendendo, para, depois, apurar, mostra-se de excepcionalidade maior.

Também não prevalece a premissa relativa ao fato de o próprio paciente, interrogado, ter noticiado a existência de mandado de prisão contra si. Deve-se apreciar a custódia levando em conta os fundamentos concernentes ao processo em que implementada, não se podendo partir para a generalização, para a óptica segundo

a qual, havendo outro mandado de prisão expedido por órgão judiciário de outro Estado, revela-se a necessidade de, no processo em curso, determinar a preventiva.

Também não subsiste a ilação de que seria o paciente o mentor da trama alusiva ao tráfico. Há de aguardar-se a formação da culpa.

Concedo a ordem para tornar definitiva a liminar. É como voto.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, trata-se de caso no qual ocorreu a apreensão de 4.800 frascos de lança-perfume, tendo o paciente fugido do local do crime.

O *habeas corpus* foi impetrado contra negativa de liminar em *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de apreensão de lança-perfume, parece-me que não se justificaria a prisão cautelar.

Não obstante, a questão comporta divergência razoável, de modo que a decisão impugnada não é teratológica.

Por isso, voto pelo não conhecimento, forte na Súmula 691.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, verifico que todos os tribunais pelos quais esta causa passou verificaram que é preciso moldar o conceito de ordem pública de acordo com o delito praticado e com os costumes e hábitos locais. Quer dizer, não há um conceito determinado de ordem pública.

De sorte que, a mim me impressiona, muitíssimo, o fato de que a custódia foi decretada não só em razão da fuga no local do crime, mas também porque essa foi considerada, pelo País, em geral, uma das maiores apreensões de lança-perfumes no Estado do Paraná: quatro mil e oitocentos frascos; sendo certo de que consta que o paciente foi o idealizador do tráfico da substância, o que, no meu modo de ver, não se justifica nenhuma atuação da Suprema Corte em afirmar que seja teratológica essa decisão a superar a Súmula 691. É um *habeas corpus* contra um ato do ministro Ari Pargendler, que indeferiu a liminar, mantendo a custódia preventiva do paciente decretada com base nesse tráfico de aspecto, assim, bastante relevante para o local onde foi praticado.

Nós também temos acórdão no sentido de que essa gravidade do delito que abala a ordem pública local pode ensejar a prisão preventiva – aliás, ela serve para isso mesmo, muito embora eu respeite essa posição do Marco Aurélio no sentido de que a fuga é como se fosse uma legítima defesa.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É um direito que reconheço natural: a pessoa fugir ao flagrante, um direito ínsito ao ser humano.

O sr. ministro Luiz Fux: Claro.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Vossa Excelência manifestou que, depois, ele se apresentou.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Espontaneamente.

O sr. ministro Luiz Fux: Sim, mas, de qualquer maneira, isso agora pode frustrar a instrução criminal.

Por outro lado, esse conceito de ordem pública, tenho para mim que, neste caso, está muito bem expresso, não só nas decisões que antecederam, mas há aqui uma digressão de mais de duas laudas do tribunal local, quando manteve a prisão preventiva. Ou seja, todos os atos praticados no juízo criminal também têm uma conotação de exemplaridade para a comunidade local. E aqui, então, vem uma digressão bastante fundamentada da Comarca de Realeza quando os integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná consignaram as razões para justificar a manutenção da custódia cautelar. Não vou ler o imenso, aqui, e bastante extensas as razões.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Julgando o *habeas corpus.*

O sr. ministro Luiz Fux: Sim.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Então, teria o Colegiado substituído as razões lançadas pelo Juízo. Poderia fazê-lo?

O sr. ministro Luiz Fux: Não, eu entendo que o Tribunal, na realidade, julgou um *habeas corpus* a pedido do paciente.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Quer dizer, o órgão defronta-se com um ato errôneo, errôneo ante os fundamentos lançados e, julgando remédio que atende aos interesses apenas do cidadão, que é o *habeas corpus*, substitui esses fundamentos e a preventiva passa a ser válida.

Queria dizer, presidente, conforme informação que busquei no processo – acho que no processo eletrônico, mas formei autos –, por ordem do Supremo – e penso que, à época, o personifiquei –, o paciente está solto desde abril de 2011. Interessa a sociedade prendê-lo?

O sr. ministro Luiz Fux: Bom, esse é um dado que realmente eu não tinha aqui. Ele quer a revogação da prisão preventiva?

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Foi concedida a liminar pelo eminente relator.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sim, no dia 10 de abril de 2011, às 12 horas e 45 minutos, mediante ato elaborado na residência.

O sr. ministro Luiz Fux: Bom, sinceramente, não tenho muita condescendência com esse tipo de delito. Mantenho o meu voto, porque entendo que esse fato específico, no caso concreto, na comunidade em que ocorreu, efetivamente, abalou a ordem pública. Peço vênia – muito embora conheça a posição dos eminentes integrantes da Turma – para denegar a ordem. Não conheço.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu também, senhor presidente, peço vênia ao eminente ministro Marco Aurélio, mas me mantenho fiel. Não vejo, neste caso, nenhum dos elementos necessários para superar a 691.

Portanto, não conheço do *habeas corpus.*

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Peço vênia à divergência para, no caso específico, acompanhar o eminente ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

HC 106.976/PR — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Rosa Weber. Paciente: Emerson dos Santos Cora. Impetrantes: Sidinei Roque Cichocki e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da ministra Rosa Weber, relatora para o acórdão, vencidos o ministro Marco Aurélio, relator, e o ministro Dias Toffoli, presidente.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

HABEAS CORPUS 108.148 — MS

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Elcione Aranda dos Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Tráfico ilícito de drogas. Confissão espontânea não configurada. Confissão de fato diverso do da condenação. Prisão em flagrante. Impossibilidade de incidência do art. 65, III, *d*, do Código Penal. Inviabilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório na via do *habeas corpus* para afastar o que decidido na ação penal. Ordem denegada.**

I – Pelo que se verifica dos documentos que acompanham a inicial, especialmente da sentença condenatória, o único fato confessado pelo paciente foi a posse da droga, a qual teria sido adquirida para consumo próprio. Em nenhum momento, foi admitida a prática do delito de tráfico, crime efetivamente comprovado na ação penal.

II – A divergência entre a quantidade de entorpecente encontrada no momento da prisão em flagrante, referida no boletim de ocorrência (108g), e a admitida pelo paciente como sendo para consumo próprio (20g) já evidencia a sua intenção em furtar-se da prática do crime de tráfico.

III – Ao contrário do que afirma a impetrante, não se trata de confissão parcial, mas de confissão de fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, o que impossibilita a incidência da atenuante genérica de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Precedente.

IV – A prisão em flagrante é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração para a busca da verdade real. Precedente.

V – Para afastar o que decidido na ação penal, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

VI – 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 decisão unânime, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do

relator, vencido o ministro Luiz Fux, apenas quanto a sua proposta de concessão de ofício.

Brasília, 7 de junho de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de *Elcione Aranda dos Santos,* contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 191.105/MS, rel. min. Og Fernandes.

A impetrante narra, inicialmente, que o paciente foi condenado à pena de sete anos, nove meses e vinte e dois dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, na forma do art. 33, combinado com o art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

Diz, ainda, que, inconformada com a sentença condenatória, a defesa interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando, em suma, "a) a desclassificação para uso; b) diminuição da pena base; **c) aplicação da atenuante da confissão espontânea**; d) e afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06" (grifos no original).

Assevera, em seguida, que, quanto à aplicação da atenuante de confissão espontânea, o TJMS afirmou que a referida circunstância só deve incidir "quando o agente efetivamente confessa o crime em sua totalidade ajudando a elucidar o delito, chegando a (sic) verdade real".

Buscando, exclusivamente, a aplicação do referido benefício, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, de início, que, na sentença condenatória, ficou expressamente consignado que "não há dúvida nenhuma de que o réu é o autor dos fatos, tendo em vista não ter ele negado os fatos, confirmando pelas testemunhas".

Aduz, na sequência, que a questão em debate, portanto, é saber se "a aplicação da atenuante da confissão espontânea ocorre somente no caso de confissão integral da prática do crime, ou se a atenuante também incidir (sic) ainda no caso de confissão parcial da prática do crime".

Destaca, também, "que o fato principal da acusação foi assumido pelo paciente, qual seja a posse da droga, e quanto a isso a ação penal tornou-se incontroversa, beneficiando não só a acusação como o andamento do processo".

Afirma, outrossim, que o fato de o paciente ter assumido a posse da droga não o impede de buscar enquadramento legal diverso do que foi imputado na peça acusatória, sem que isso retire a natureza da confissão espontânea.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja reconhecida a incidência da confissão espontânea.

Não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado e estando bem instruídos os autos, em 3-5-2011, determinei fosse ouvido o procurador-geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão atacado foi assim ementado:

> ***Habeas corpus***. *Tráfico de drogas. Confissão espontânea. Atenuante genérica não configurada. Ausência dos requisitos.*
>
> *1. Observa-se que o paciente alegou ter comprado 20g (vinte gramas) de maconha para consumo próprio, quando, na realidade, o Boletim de Ocorrência noticia que foi flagrado, à beira do muro da Delegacia de Polícia local, portando 180g (cento e oitenta gramas)*[1] *dessa substância entorpecente.*
>
> *2. Com efeito, apesar de o paciente ter admitido a propriedade da droga, negou a sua comercialização, aduzindo que o entorpecente se destinava ao consumo próprio, procurando, com isso, minimizar a sua conduta. Assim, como o acusado não assumiu o fato criminoso que lhe foi imputado, impossível aplicar a atenuante do art. 65, III, do Código Penal. Precedentes desta Corte.*
>
> *3. Ademais, diante do quadro delineado pelas instâncias ordinárias, reconhecer a referida atenuante exigiria aprofundada incursão na seara fático-probatória dos autos, não sendo o habeas corpus via inidônea.*
>
> *4. Habeas corpus denegado.* [Grifos no original.]

Conforme relatado, a impetrante pretende a aplicação da atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, do CP), sustentando, em suma, que "o fato principal da acusação foi assumido pelo paciente, qual seja a posse da droga, e quanto a isso a ação penal tornou-se incontroversa, beneficiando não só a acusação como o andamento do processo".

Não tem razão, contudo.

Pelo que se verifica dos documentos que acompanham a inicial, especialmente da sentença condenatória, o único fato confessado pelo paciente foi a posse da droga, a qual teria sido adquirida para consumo próprio. Em nenhum momento, foi admitida a prática do delito de tráfico, crime efetivamente comprovado ao término da ação penal.

A propósito, veja-se o seguinte trecho da sentença:

---

[1] Constam da denúncia e da sentença condenatória que o paciente foi preso portando 108g (cento e oito gramas) de maconha.

> Em nenhum momento o acusado comprovou nos autos que a droga encontrada em seu poder seria destinada exclusivamente para seu consumo. Disse apenas que teria comprado 20 gramas de maconha para fumar enquanto estava trabalhando nas proximidades da *Depol*, de forma que a informação trazida ao B.O. de que teriam sido encontrados em seu poder 108 gramas da droga seria falsa. (fl. 54).
>
> As circunstâncias do flagrante onde o réu foi encontrado, à beira do muro da *Depol*, às 00h45, em posse de uma mochila contendo, além da substância entorpecente, instrumentos empregáveis para corte de ferro, estabelecem a convicção deste magistrado de que ele pretendida promover algum contato com os encarcerados, onde lhes passaria a droga, além de facilitar suas fugas.
>
> Isto porque não é crível estar um ex-detento, nas condições referidas, sobretudo trazendo consigo instrumentos suspeitos e drogas, visando apenas à realização de trabalho como corte de bambus.

Aliás, há divergência entre a quantidade de entorpecente encontrada no momento da prisão em flagrante, referida no boletim de ocorrência (108g), e a admitida pelo paciente como sendo para consumo próprio (20g). Esse fato, por si só, bem evidencia a sua intenção em furtar-se da prática do crime de tráfico, sendo suficiente para afastar a incidência da atenuante genérica de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

O Ministério Público Federal também destacou esses aspectos, nos seguintes termos:

> 4. O paciente foi preso em flagrante nas proximidades da Delegacia de Polícia com 108g de maconha. Em juízo, contestou a quantidade da droga referida no boletim ocorrência (108g) e afirmou que teria comprado apenas 20g de maconha para consumo próprio. O que se constata, na verdade, é que o paciente em nenhum momento confessou a prática do crime de tráfico, nem ao menos parcialmente, mas tão somente alegou que a droga seria para consumo próprio, tentando eximir-se da conduta delituosa. Conforme consignou a Corte sul-mato-grossense: "atento à quantidade e às circunstâncias em que ocorreu a ação, somada às declarações destoantes do apelante em relação à quantia da maconha em seu poder, bem como aos relatos dos policiais que informaram que o acusado vinha rondando a *Depol* nos dias anteriores ao fato, estabeleceu-se a conclusão de que a droga seria repassada aos seus companheiros encarcerados, confirmando, portanto, o crime prescrito no art. 33 da Lei 11.343/06, razão pela qual, não há falar em desclassificação para usuário... vejo que ao contrário do que alega a defesa, **o apelante em nenhum momento confessou a prática do crime de tráfico, tentando o tempo todo se eximir de sua responsabilidade, afirmando, mesmo diante de todas as evidências, que o entorpecente seria para seu próprio consumo**".
>
> 5. Ademais, como concluiu o acórdão impugnado, "apesar de o paciente ter admitido a propriedade da droga, negou sua comercialização, aduzindo que o entorpecente destinava-se ao consumo próprio, procurando, com isso, minimizar a sua conduta. Assim, como o acusado não assumiu o fato criminoso que lhe foi imputado, impossível aplicar a atenuante do art. 65, III, do Código Penal". [Grifos no original.]

Por tudo o que foi exposto, ao contrário do que afirma a impetrante, não se trata de confissão parcial, mas de confissão de fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, o que impossibilita a incidência do referido benefício.

Nesse sentido, veja-se a ementa do HC 94.295/SP, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que bem retrata a situação narrada neste *writ* e reafirma a jurisprudência predominante nesta Suprema Corte sobre a matéria:

> ***Atenuante da confissão espontânea: inaplicabilidade ao réu acusado por tráfico que confessa portar a droga para uso próprio***. *Desclassificação do crime para uso de entorpecentes: necessidade, no ponto, de profundo revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o habeas corpus. Ordem denegada*. **1. Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, entre outros, HC 73.075, rel. ministro Maurício Corrêa, *DJ* de 12-3-1996; 71.903, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 9-8-1996. Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o paciente tenha confessado a traficância: situação não havida na espécie**. 2. O exame do pedido de desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o de uso de entorpecentes demanda o revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*: Precedentes. 3. Ordem denegada. [Grifos meus.]

Ademais, a prisão em flagrante, devidamente narrada no boletim de ocorrência, é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração para a busca da verdade real. Nesse sentido, menciono o HC 101.861/MS, rel. min. Marco Aurélio, cuja ementa deu-se nos seguintes termos:

> *Pena-base – Tráfico de entorpecentes – Balizamento do tipo – Cinco a quinze anos – Fixação em dez anos – Circunstâncias judiciais.* Surge fundamentada a decisão que implica a fixação da pena-base em dez anos de reclusão ante a culpabilidade e as circunstâncias do crime. ***Confissão espontânea – Atenuante.*** **Em se tratando de situação concreta em que ocorrida a prisão em flagrante, em razão do transporte de vultosa quantidade de droga, descabe cogitar da atenuante da confissão espontânea, no que esta última tem como objetivo colaborar com o Judiciário na elucidação da verdade real**. [Grifos meus.]

Em última análise, a versão apresentada pelo paciente apenas dificultou a elucidação dos fatos, ao contrário do que sustentado na impetração.

Destaco, por fim, que, para afastar o que decidido na ação penal, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus.*

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, nesse caso específico, eu vou pedir vênia ao ministro Ricardo Lewandowski, porque eu achei essa pena muito exacerbada, desproporcional em relação ao tipo. Esse paciente está me parecendo realmente muito mais usuário do que traficante.

Além do mais, há uma dúvida sobre a quantidade da droga e eu prefiro que essa dúvida se opere em favor do acusado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência me permite apenas uma observação que talvez tranquilize os colegas? Eu também fiquei impressionado com a pena muito elevada, enfim, a pena de sete anos é uma pena um tanto quanto inusitada. Quando ele recorreu para o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, pediu o seguinte:

> A desqualificação para o uso, a diminuição da pena-base, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o afastamento da causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343.

De todos esses pleitos, nós estamos conhecendo apenas e tão somente do III, que é aplicação da atenuante da confissão espontânea, porquanto apenas este foi examinado pelo STJ, nem poderíamos adentrar nos demais pedidos.

Respeitando o ponto de vista de Vossa Excelência, eu tenho para mim que, em querendo, poderá o paciente voltar novamente – está muito bem defendido pela Defensoria Pública da União – ao STJ e mesmo ao Supremo Tribunal Federal, invocando os demais argumentos. Apenas e sem querer me contrapor ao argumento de Vossa Excelência, entendo, com o devido respeito, que tecnicamente não é possível considerar a confissão espontânea uma admissão parcial do que ele estava fazendo em termos ilícitos, quer dizer, foi-lhe imputado o tráfico de drogas com uma determinada quantia e ele diz que estava portando apenas alguns gramas para uso próprio.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu apenas me encaminharia talvez para a concessão de *habeas corpus* de ofício para desclassificar para usuário. Talvez essa fosse uma solução intermediária. Está muito desproporcional essa pena.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas aí teria que examinar a prova que não se admite em *habeas corpus*.

O sr. ministro Luiz Fux: A dúvida sobre a quantidade da droga é posta inequivocamente, é incontroversa. A dúvida quanto à quantidade, se são cento e oito.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Se são cento e oito ou cento e oitenta. Aí é até um erro material de datilografia. Trocou-se o oito pelo zero.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aqui deve ser erro material.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Agora, não há erro, *data venia*, no seguinte sentido: ele diz que só portava vinte gramas, mas foi-lhe

imputado a posse de cento e oito ou cento e oitenta gramas, mas aí, na hora da datilografia, é que houve o erro. Apenas aí é que está a controvérsia.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu optaria por esse caminho.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então Vossa Excelência denega a ordem, mas concederia de ofício para desclassificar para usuário.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, o objeto do *habeas* é único: acolhimento da atenuante. E, quando se cuida de atenuante, remete-se, necessariamente, ao crime que teria sido praticado. Assevera-se que deveria ser observada, de qualquer forma, a atenuante, muito embora admitido apenas o uso e não o traficante. A impetração não está voltada contra a condenação pelo tráfico. Pretende-se, em relação ao tráfico, que se considera atenuante a partir da circunstância de o acusado ter admitido que a droga seria para o próprio uso. Mas o crime teria sido de tráfico, ante a presunção de comercialização, detendo-se quantidade maior de droga.

Por isso, peço vênia ao autor da divergência, para indeferir a ordem.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, quando aqui a Turma concede *habeas corpus* de ofício, ela fica adstrita à *causa petendi* do *habeas corpus*?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não, o contrário, se tiver na *causa petendi*...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência não está fazendo essa pergunta em relação a mim?

O sr. ministro Luiz Fux: Não.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por favor, faça-me justiça.

O sr. ministro Luiz Fux: Estou perguntando se é possível a minha votação.

O sr. ministro Marco Aurélio: Faça-me justiça, porque foi após o meu voto.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, mas acontece que eu proferi um voto completamente diferente da Turma inteira, então quero saber se a Turma concede *habeas corpus* de ofício por *causa petendi* diversa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Faça-se a pergunta a um acadêmico. Estará melhor dirigida.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, eu entendo que não. Eu entendo que, se a presidenta me coloca que não foi esse o objeto, teria que analisar provas, acho que evidentemente posso questionar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, ministro, é da essência da concessão de ofício a implementação em campo não explorado pela inicial do *habeas*, isso é primário.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Marco Aurélio, eu gosto de atuar conforme a jurisprudência da Turma, é um direito meu perguntar se é possível. Eu já presenciei aqui acórdãos diversos do que eu imagino.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ministro Fux, mas se tiver sido tratado na petição, realmente não é de ofício, porque aí o que se confere não é de ofício, Vossa Excelência estaria, no caso, concedendo a ordem.

O sr. ministro Luiz Fux: Então eu vou manter o voto.

EXTRATO DA ATA

HC 108.148/MS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Elcione Aranda dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por unanimidade, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, vencido o ministro Luiz Fux, que também denegava a ordem, mas a concedia de ofício.

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, 7 de junho de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 108.884 — RS

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Joir Silva Jonco — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Estelionato. Policial militar rodoviário na reserva. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Elevada reprovabilidade da conduta. Ordem denegada.**

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada.

2. O pequeno valor da vantagem auferida é insuficiente para aplicação do princípio da insignificância ante a elevada reprovabilidade da conduta do militar da reserva que usa documento falso para não pagar passagem de ônibus.

3. Aos militares cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera, ainda que na reserva, conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, 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 da relatora.

Brasília, 12 de junho de 2012 — Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Joir Silva Jonco contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC 156.384/RS, de relatoria do ministro Og Fernandes.

No caso sob análise, o paciente, policial militar na reserva, foi absolvido sumariamente, com fulcro no princípio da insignificância, pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria/RS, da acusação de infração ao art. 171 do Código Penal.

Consta dos autos que, em 7-11-2008, o acusado, policial militar da reserva, utilizou documento falso – passe livre conferido aos militares da ativa – para obter passagem de ônibus intermunicipal, sem efetuar o pagamento do preço, de R$ 48,00 (doc. 1, fl. 8).

Ao julgar a apelação do Ministério Público estadual, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso para desconstituir a sentença de primeiro grau e determinar o regular andamento do processo (doc. 2, fls. 10/11).

No Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma denegou o HC 156.384/RS nos termos da seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Estelionato. Aplicação do princípio da insignificância. Inviabilidade. Policial militar que faz uso de documento falso, objetivando auferir vantagem econômica.*
>
> 1. Para a incidência do princípio da insignificância são necessários "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, HC 84.412/SP, relator ministro Celso de Mello, *DJ* de 19-11-2004).
>
> 2. No caso, embora a vantagem patrimonial subtraída se circunscreva a R$ 48,00 (quarenta e oito reais), valor referente ao que custa o bilhete que o paciente deixou de adquirir, não há possibilidade de aplicação do referido princípio.
>
> 3. Do paciente, que é policial militar da reserva remunerada, espera-se comportamento bem diverso daquele procedido na espécie. De se ver que ele, buscando não comprar o bilhete, assim como fazem todos os cidadãos, falsificou documento como forma de parecer que ainda estava no serviço ativo.
>
> 4. Além disso, ao ser surpreendido pelos agentes do Estado, constatou-se que o paciente trazia em seu bolso a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), montante quase quinze vezes superior à vantagem auferida. Quisesse ele, teria plenas condições de adquirir a passagem de ônibus.
>
> 5. Assim, verifica-se que a conduta do paciente não preenche os requisitos necessários para a concessão da benesse pretendida, já que não se afigura como um irrelevante penal, motivo pelo qual não há falar em constrangimento ilegal.
>
> 6. Ordem denegada, com a cassação da liminar deferida. [Doc. 1, fl. 98.]

No presente *writ*, alega a impetrante ser mínima a ofensividade da conduta do paciente, postulando a aplicação do princípio da insignificância no caso. Requer liminarmente a suspensão da ação penal e, no mérito, seu trancamento com espeque no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

O pedido liminar foi indeferido pela eminente ministra Ellen Gracie.

O Ministério Público Federal oficiou pela denegação da ordem (doc. 8).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Joir Silva Jonco contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC 156.384/RS, de relatoria do ministro Og Fernandes.

No presente *writ,* alega a impetrante ser mínima a ofensividade da conduta do paciente, postulando a aplicação do princípio da insignificância no caso. Requer liminarmente a suspensão da ação penal e, no mérito, seu trancamento com espeque no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Não obstante o reduzido valor da vantagem ilícita auferida pelo paciente, qual seja, quarenta e oito reais, não é possível a aplicação do princípio da insignificância diante das demais circunstâncias da conduta.

É que a pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada.

O paciente é policial militar da reserva e usou documento falso – passe conferido aos militares da ativa – para não comprar a passagem de ônibus. Compete aos militares a guarda da lei e da ordem, cabendo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera, ainda que na reserva, conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie.

Some-se a isso o fato de não estar o paciente em dificuldades financeiras, tendo plenas condições de adquirir o bilhete, conforme bem fundamentado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> (...) ao ser surpreendido pelos agentes do Estado, constatou-se que o paciente trazia em seu bolso a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), montante quinze vezes superior à vantagem auferida. Quisesse ele, teria plenas condições de adquirir a passagem de ônibus, não havendo falar, na via estreita do *habeas corpus*, em acolhimento da alegação de eventuais dificuldades financeiras.

Esta Corte já se pronunciou quanto aos requisitos para aplicação do princípio da bagatela, *verbis*:

> *Princípio da insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – "Res furtiva" no valor de R$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor) – Doutrina – Considerações em torno da jurisprudência do STF – Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal*. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal

> postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público. *O postulado da insignificância e a função do direito penal: de minimis, non curat praetor.* – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. [HC 84.412, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJ* de 19-11-2004.]

No mesmo sentido: HC 108.682/RS, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 8-5-2012; HC 111.044/DF, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJE* de 23-5-2012; HC 112.262/MG, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJE* de 2-5-2012.

Percebe-se não preenchidos os requisitos para aplicação do princípio da bagatela ante a elevada reprovabilidade da conduta do paciente. Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 108.884/RS — Relatora: Ministra Rosa Weber. Paciente: Joir Silva Jonco. Impetrante: Defensoria Pública da União (Advogado: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a ministra Cármen Lúcia.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 12 de junho de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, secretária da Primeira Turma.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 405.457 — SP

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: La Violetera Indústria e Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. — Recorrido: Estado de São Paulo

Constitucional. Tributário. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICMS). Importação. Sujeito ativo. Estado em que localizado o destinatário jurídico ou Estado em que localizado o destinatário final da operação (estabelecimento onde haverá a entrada do bem). Art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição.

Nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a* e *c* da Constituição) interposto por La Violetera Indústria e Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. de acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O acórdão recorrido foi assim ementado:

> ICMS – Importação – Convênio ICMS 66/88. Art. 2º, I e 27, *d* – LE 6.374/89, art. 2º, V e 23, I, *d* – Mercadoria importada pelo estabelecimento situado em Curitiba-PR, desembarcada em Santos-SP e entregue diretamente a outro estabelecimento do importador situado em São Paulo-SP – Hipótese em que a mercadoria circulou tão somente no Estado de São Paulo, apesar de sua entrada ficta no estabelecimento paranaense e da transferência ficta deste para a filial de São Paulo – Imposto recolhido no Paraná, onde situado o importador – Análise da expressão "estabelecimento destinatário" – Sentença que julgou improcedente os embargos, validando autuação fiscal pelo não recolhimento do tributo neste Estado
>
> 1. *ICMS na importação* – O ICMS incide sobre a entrada da mercadoria importado do exterior, pago por ocasião do desembaraço aduaneiro (LE n. 6.374/89,

art. 2º, V) e cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço (CF, art. 155, § 2º, IX, *a*). O "local da operação", para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é o do estabelecimento destinatário, em caso de mercadoria importada do exterior (Convênio ICMS 66/88, art. 27, I, *d* e LE n. 6.474/89, art. 23, I, *d*).

2. *Estabelecimento destinatário* – O convênio ICMS n. 3/94, de caráter interpretativo, esclarece que na operação de importação de mercadoria ou bem, quando destinada a unidade federada diversa do domicílio do importador, o ICMS caberá ao Estado da destinação física do produto. Atribui-se, assim, relevo à circulação física do produto para definição do Estado credor do tributo.

3. *Estabelecimento destinatário* – Há que distinguir duas situações: (i) o importador transfere a mercadoria para outra pessoa física ou jurídica, a quem a mesma é entregue diretamente. Nesse caso admite-se a duplicidade de operações e a circulação ficta da mercadoria (a operação de aquisição/entrada no estabelecimento importador e a operação de saída para o adquirente), havendo decisões conflitantes sobre caber o imposto pago no desembaraço ao Estado onde situado o estabelecimento importador ou ao Estado onde situado o estabelecimento destinatário; e (ii) o importador transfere a mercadoria para outro estabelecimento seu, onde é entregue diretamente; o imposto devido pela entrada da mercadoria importada cabe ao Estado do estabelecimento destinatário, onde a mesma deu entrada fisicamente. No caso dos autos, tendo a mercadoria sido desembarcada em Santos-SP e entregue diretamente em estabelecimento do importador em São Paulo-SP, ao Estado de São Paulo, onde se situa o "estabelecimento destinatário", deve ser pago o imposto.

Sentença de improcedência. Recurso voluntário improvido.

O recorrente sustenta que o acórdão recorrido violou os arts. 12, IX, da Lei Complementar 87/1996 e 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição, ao considerar válida a pretensão do Estado recorrido de ser sujeito ativo do ICMS incidente sobre mercadoria importada por estabelecimento sediado em outro Estado da Federação, mas destinado ao estabelecimento da recorrente localizado no território do Estado de São Paulo.

Sustenta-se, ainda, inexistência de lei local que previsse a "entrada no estabelecimento destinatário de mercadoria importada" (fl. 182) como critério material da hipótese de incidência do ICMS.

O Ministério Público Federal, em parecer redigido pelo subprocurador-geral da República, dr. Francisco Adalberto Nóbrega, manifesta-se pelo não provimento do presente recurso (fls. 199-202).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Conheço do recurso extraordinário interposto pela alínea *a* do art. 102, III, da Constituição. Não o conheço quanto à interposição pela alínea *c* do mesmo artigo, pois a argumentação desenvolvida pelo recorrente quanto ao ponto se volta não à invalidação de lei local por violação da Constituição, mas ao reconhecimento de que a lei local não deveria

incidir sobre o fato em exame, por não prevê-lo expressamente. Trata-se, portanto, de questão ligada ao contencioso infraconstitucional.

Também não conheço do recurso extraordinário quanto à alegada ausência de norma que previsse como critério temporal do ICMS a entrada de bem no estabelecimento do destinatário final da mercadoria, ao invés do importador. Como se lê à fl. 169, o acórdão recorrido examinou expressamente a Lei estadual 6.374/1989, arts. 1º, parágrafo único, 2º, incisos V e VI, e 23, I, *d*, e parágrafo único, para concluir que "o tributo vem previsto" em tais dispositivos. Para reformar o acórdão quanto ao ponto, seria necessário reinterpretar legislação local, procedimento não admitido no âmbito do recurso extraordinário.

Passo ao exame do mérito do recurso, no que se refere à violação do art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição.

O art. 155, § 2º, IX, *a,* da Constituição tem a seguinte redação (texto nos termos da EC 3/1993 e 33/2001):

> Art. 155. (...)
> (...)
> § 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte:
> (...)
> IX – incidirá também:
> a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, **cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço**; [Grifei.]

A parte final do artigo transcrito estabelece a competência para arrecadação do ICMS incidente sobre operações de importação com base no princípio da territorialidade, cabendo interpretar a expressão destinatário da mercadoria, bem ou serviços. Como a hipótese de incidência do ICMS, nessa modalidade, é a operação de circulação de bem amparada por importação, o destinatário a que alude o art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição é o **jurídico**, isto é, o destinatário legal da operação da qual resulta a transferência de propriedade do bem, o importador adquirente. A noção se contrapõe à ideia do destinatário da **mera remessa física do bem**.

A discussão se torna sensível se examinada à luz do pacto federativo e dos conflitos entre entes federados, oportunamente chamados tanto pela literatura jurídica quanto pela leiga como **guerra fiscal**. Nesta *guerra*, as armas dos entes federados compreendem a concessão de incentivos e benefícios fiscais destinados a atrair empresas ao território do ente federado que os concedem. Muitas vezes, a concessão dos benefícios não encontra amparo constitucional ou legal, como nas hipóteses em que ausente a concordância dos entes tributantes em matéria de ICMS (art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição).

A distinção entre os destinatários jurídico, físico e aparente da operação é relevante como medida de salvaguarda do pacto federativo, especialmente em razão

do quadro de agressiva concessão de benefícios fiscais – muitas vezes de duvidosa validade – que caracteriza a guerra fiscal. O critério constitucional de partilha da competência tributária não tem como objetivo privilegiar os Estados federados que, por questões geográficas e logísticas, concentram as zonas alfandegárias primárias (locais onde ocorrem por excelência os desembaraços aduaneiros). Tampouco é possível considerar juridicamente válida a estruturação de operações que não se justificam em seu propósito negocial. O critério constitucional para identificação do sujeito ativo do ICMS na importação tem assento na expressão econômica que grava o ato de importação do bem e a função que ele terá para seu destinatário.

No caso em exame, o acórdão recorrido afirma que a mercadoria não circulou pelo Estado do Paraná, posto que ali estivesse o estabelecimento importador, pertencente à mesma pessoa jurídica. Os bens foram desembaraçados no Porto de Santos (SP) e encaminhados diretamente para o estabelecimento sediado em São Paulo (fl. 162). O Tribunal de origem reconheceu, por maioria, que por destinatário da mercadoria dever-se-ia entender aquele que recebesse fisicamente os bens. Esta tese está em franca divergência com a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. A recorrente afirma, por seu turno, que "o estabelecimento importador transferiu parte da mercadoria importada do exterior (...) via Santos, para sua filial em São Paulo, com emissão de Nota Fiscal C-1, com destaque de ICMS, lançando o débito respectivo e correspondente crédito para o estabelecimento destinatário, tudo escriturado no Registro de Entradas de Mercadorias" (fl. 178 – cf. fls. 39-42).

Reputo que tanto o desembaraço aduaneiro quanto a ausência de circulação da mercadoria no território do Estado onde está localizado o importador são irrelevantes para o desate da questão posta ao crivo da Corte. O que se indaga é quem foi o importador, pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação que trouxe os produtos ao território nacional. Assim, a entrada física dos bens em estabelecimento da pessoa jurídica ou física não é critério decisivo na identificação do sujeito ativo, ao contrário do que sugerido pelo acórdão recorrido.

As operações de importação foram realizadas pelo estabelecimento da recorrente localizado no Estado do Paraná (fl. 160). Não há indicação de que este tenha atuado como mero intermediário da operação ou consignatário das mercadorias, critério utilizado pela Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do RE 268.586 (rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 24-5-2005) para reconhecer que o destinatário da mercadoria **não era a empresa importadora**.

O risco de violação do pacto federativo fica arrefecido diante do afirmado, e não contestado, destaque do imposto devido em razão de operação interestadual.

Ademais não se indicou a existência de política de concessão intensa de benefícios fiscais de duvidosa legalidade que justificassem evasão fiscal ou elisão fiscal tida por ilícito atípico.

Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 405.457/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: La Violetera Indústria e Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. (Advogada: Lígia Aparecida Godoi Fortes). Recorrido: Estado de São Paulo (Advogada: PGE/SP Lúcia de Almeida Leite).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Presidência da ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Eros Grau. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.908 — RJ

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Recorrente: Espólio de Sérgio Roberto Severo Portilho — Recorrida: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás — Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB

Acordo – Homologação judicial – Honorários advocatícios – Ação de nulidade – Princípio da moralidade. Implica violência ao art. 37, cabeça, da Constituição Federal a óptica segundo a qual, ante o princípio da moralidade, surge insubsistente acordo homologado em juízo, no qual previsto o direito de profissional da advocacia, detentor de vínculo empregatício com uma das partes, aos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 13 de abril de 2011 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu pedido formulado em embargos infringentes, ante fundamentos assim resumidos (fl. 967):

> *Embargos infringentes* – Ação ordinária objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora, sociedade de economia mista, e seu advogado no que pertine ao recebimento dos honorários de sucumbência atribuídos àquela em ação movida contra outra sociedade de economia mista, e da qual foi vencedora – Improcedência – Apelação – Improvimento, por maioria.
>
> Embargos infringentes.
>
> Inexistindo entre a empresa de economia mista e seu procurador qualquer contrato reconhecendo caber a este os honorários de sucumbência, afronta o princípio da moralidade a atribuição a ele dos honorários impostos em sentença em favor da embargante, já que aquele estaria se beneficiando de dupla remuneração – salário e honorários.
>
> Recurso provido.

Os embargos de declaração que se seguiram foram desprovidos pelo Colegiado, que afastou preliminar de incompetência da Justiça estadual, consignando (fls. 1034 e 1035):

Contudo, como a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, o rigor da afirmação acima deve ser recebido com algum tempero, admitindo-se que, ante o vício que afeta a própria jurisdição, de relevância tal que constitui até uma das hipóteses que dão causa à ação rescisória, possa a matéria ser apreciada em sede de embargos declaratórios.

E assim se faz para afastar a alegação.

É que tem a justiça comum competência para decidir a quem compete o recebimento dos honorários resultantes de sentença condenatória imposta em causa que teve curso perante ela, embora a decisão a respeito envolva discussão relativa à natureza do contrato existente.

Atente-se para a circunstância de que, na hipótese dos autos, visou a ação proposta afastar a incerteza jurídica quanto ao destinatário da verba de sucumbência, ante os termos em que foi redigido o acordo que a embargada e a Cesp firmaram, afigurando-se flagrantemente incompetente a Justiça do Trabalho para decidir a respeito da matéria.

No extraordinário de fls. 1052 a 1061, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão ao art. 114 da Carta Federal. Assevera-se que o recorrente era advogado da Companhia de Eletricidade e Energia Elétrica do Estado do Rio de Grande do Sul e que, por força de deliberação da diretoria, passou a ter direito à percepção da verba de sucumbência. Tal deliberação ensejou a edição da Resolução 273, cujos termos teriam integrado o contrato de trabalho, a deslocar a competência para a Justiça do Trabalho. Ressalta-se que tais fatos encontram-se reconhecidos no acórdão, mas que, apesar disso, o Tribunal considerou ser imoral a concessão, por parte de sociedade da economia mista, do direito à sucumbência a advogados empregados, havendo afastado a disposição contratual, em "nítida e flagrante usurpação da competência da Justiça do Trabalho" (fl. 1056).

Sustenta-se que o art. 21 da Lei 8.906/1994 assegura aos advogados empregados os honorários de sucumbência e que, por meio do art. 3º da Medida Provisória 1.522/1996, pretendeu-se excluir o direito daqueles advogados vinculados à administração pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. O preceito, no entanto, foi glosado no julgamento da medida cautelar na ADI 1.552-4, tendo-se excluído da respectiva incidência os advogados de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica não monopolística. Assim, considera-se que o art. 37 da Carta da República foi aplicado de forma equivocada.

A recorrida apresentou as contrarrazões de fls. 1082 a 1092, apontando a ausência de demonstração de ofensa à Constituição Federal, a competência da Justiça estadual e o acerto da conclusão em torno da inexistência de direito à verba de sucumbência.

O recurso foi admitido por meio da decisão de fls. 1095 a 1098. O especial simultaneamente interposto teve a sequência obstada na origem, seguindo-se a protocolação de agravo, desprovido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 1111 a 1114, preconiza o não conhecimento do recurso.

À fl. 1116, o ministro Eros Grau negou seguimento ao recurso. Houve a protocolação de agravo regimental, provido pela Primeira Turma, por maioria, tendo prevalecido voto por mim proferido. Eis a síntese do acórdão de fls. 1151 a 1173:

> *Recurso extraordinário – Atuação do relator – Art. 557 do Código de Processo Civil – Afastamento.* Cumpre conciliar a economia e celeridade processuais, reveladas na previsão do art. 557 do Código de Processo Civil, com a atuação precípua da Corte – no caso do Supremo, a guarda da Lei Fundamental –, sob pena de não se lograr jurisprudência, norteadora da definição dos valores constitucionais, consubstanciada em acórdãos decorrentes do julgamento de recurso extraordinário por colegiado.

O ministro Eros Grau veio a deixar a Primeira Turma e, após vários incidentes, o processo foi a mim distribuído (fl. 1228).

Ante o falecimento do recorrente, procedeu-se à habilitação do espólio.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 132, 1062, 1063 e 1064 evidenciam a regularidade da representação e do preparo, tendo sido observado o prazo de quinze dias assinado em lei.

A Turma, à época integrada pelos ministros Sepúlveda Pertence, eu próprio, o relator ministro Eros Grau e os ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto, ao prover o agravo regimental, visando ao julgamento do extraordinário, teve presente voto que proferi:

> (...) Senhor presidente, os embargos infringentes desaguaram em uma decisão, por escassa maioria de três votos a dois, tendo-se, como pano de fundo, um acordo homologado em execução, no qual se previu que os profissionais da Eletrobrás receberiam os honorários advocatícios, penso, em quarenta prestações. Esses honorários devem ser vultosos para ter-se quarenta prestações mensais. E aí, já satisfeitas trinta e três parcelas referentes a esse acordo, houve o ajuizamento da ação ordinária. A base do acórdão proferido em grau de embargos infringentes foi a contrariedade ao art. 37, cabeça, da Constituição Federal.
>
> No extraordinário, sustenta-se que o caso não teria solução mediante a aplicação do art. 37 da Constituição Federal, evocando-se, também, o que seria – e não deu tempo, aqui, para eu perquirir a razão dessa evocação – a transgressão do art. 114 da Constituição Federal, que define a competência da Justiça do Trabalho. O recurso extraordinário foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
>
> Creio que a matéria merece vir à Turma para enfrentamento dos temas, na apreciação do recurso extraordinário, com as sustentações, se for o caso, da tribuna.

> Não vejo, assim, base maior, já que se decidiu realmente a partir do disposto no art. 37 da Constituição Federal, para ter-se a negativa de seguimento ao recurso extraordinário e, protocolado o agravo, o desprovimento desse mesmo agravo.
>
> Por isso, peço vênia ao relator para prover o agravo.

De início, excluo a possibilidade de concluir-se pelo desrespeito ao art. 114 da Constituição Federal no que fixa a competência da Justiça do Trabalho. Conforme se depreende do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, especialmente do resultante dos embargos declaratórios, o conflito dirimido não teve origem no contrato de trabalho. Decorreu de cláusula de acordo formalizado entre as partes e homologado judicialmente. Nele restou previsto (fl. 968):

> Parágrafo sétimo – As parcelas referentes à verba de sucumbência fixada na sentença condenatória da ação, já transitada em julgado, promovida perante a 19ª Vara Cível (RJ-RJ), e identificada no *caput* desta cláusula, serão pagas, pela Cesp, nas condições estabelecidas, mediante depósitos judiciais aos patronos judiciais da Eletrobrás.

Passo ao exame do extraordinário sob o ângulo do art. 37 da Carta Federal, levando em conta princípio de subjetivismo maior, ou seja, o da moralidade. Consignou-se que o que pactuado contrariaria esse princípio. Percebam os parâmetros da cláusula homologada em juízo. Previram-se honorários advocatícios a serem satisfeitos, considerados os patronos da recorrida, pela empresa sucumbente. Em síntese, não resultou da citada cláusula ônus para a recorrida. Como, então, empolgar o princípio da moralidade a partir de premissa segundo a qual, mantendo o profissional da advocacia vínculo empregatício com sociedade de economia mista, o salário percebido já cobre o desempenho havido, não se podendo cogitar do direito a honorários advocatícios? A visão mostrou-se generalizada e, deve-se notar, foi implementada por escassa maioria no julgamento de embargos infringentes, sendo as decisões do juízo e também do Tribunal de Justiça no julgamento da apelação favoráveis ao ora recorrente e ao falecido profissional. Descabe assentar, como fez o Tribunal de origem, a violência ao art. 37 da Constituição Federal, ao princípio da moralidade, no que, à margem da relação empregatícia, previu-se, em acordo homologado e decorrente de sentença transitada em julgado, que os honorários advocatícios – repita-se, a cargo não da recorrida, mas da empresa sucumbente, a Cesp – seriam pagos aos profissionais da ora recorrida. O passo mostrou-se demasiadamente largo, contrariando o que ajustado e homologado pelo Judiciário.

Frise-se, por oportuno, que do citado acordo foram satisfeitas várias parcelas mensais e, somente a essa altura, veio a recorrida a ingressar em juízo objetivando o desfazimento do que estabelecido na cláusula transcrita. O acórdão impugnado implicou não só – numa visão distorcida do art. 37 da Constituição Federal – a insubsistência do acordo, como também a obrigatoriedade de o réu da ação restituir à ora recorrida a quantia substancial de R$ 15.425.928,25 (quinze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, novecentos e vinte e oito reais e vinte e cinco centavos), corrigida monetariamente a partir do recebimento de

cada parcela e acrescida de juros da mora a contar da citação. O réu também foi condenado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Provejo o extraordinário para, reformando o acórdão proferido, restabelecer o entendimento que fora sufragado pelo juízo em apelação e pelo Tribunal de Justiça, invertendo a sucumbência, que fixo, consideradas as despesas processuais porventura despendidas pelo réu e os honorários, na base dos mesmos 15% a incidirem sobre o valor da causa devidamente corrigido. Assim procedo ante as balizas processuais, ou seja, ante o que se contém no art. 20 do Código de Processo Civil.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, inicialmente, cumprimento o eminente relator pelo belíssimo voto que trouxe à Turma. Li os memoriais, acompanhei as sustentações e entendo que o eminente relator está com absoluta razão. Li o acórdão recorrido, li os embargos de declaração ao acórdão proferido nos embargos infringentes.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência confirma então que o teor do voto está correto, na alusão aos declaratórios e não aos infringentes?

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, na alusão aos declaratórios. Verifico, senhor presidente, assim como o eminente relator, que não é caso de ofensa ao art. 114. Ali houve uma cláusula contratual.

Por outro lado, senhor presidente, é evidente a ofensa ao art. 37, porque o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao implementar o julgamento dos embargos de declaração aos embargos infringentes, implementou uma aplicação autônoma do princípio da moralidade. Se o Poder Judiciário sair, ao seu bel-prazer, aplicando autonomamente o princípio da moralidade, nós não teremos a aplicação de justiça, teremos outra coisa, cairemos no subjetivismo absoluto do julgador, sem parâmetros. O pior, senhor presidente, eminentes colegas, é que aqui há parâmetro legal, e o parâmetro legal é, em primeiro lugar, a legislação que permitia esse tipo de acordo. Ele não era ilícito, não era proibido, não era vedado em lei. Os agentes eram capazes, o objeto lícito e houve o acordo de vontades; enfim, presentes os critérios do negócio jurídico perfeito, não há como, senhor presidente, com base no princípio da moralidade, exclusivamente no princípio da moralidade, concluir pela ilegalidade desse acordo.

Destaco, senhor presidente, uma manifestação de um dos meus predecessores nesta cadeira, o eminente ministro Sepúlveda Pertence, o qual, na ADI 3.290/DF, muito bem delimitou a impossibilidade de o Poder Judiciário aplicar autonomamente o princípio da moralidade, exatamente em razão do risco de sairmos dos parâmetros da lei, da Constituição, e passarmos para o parâmetro da subjetividade, como destacou o eminente relator:

> A alegação de ofensa ao princípio da moralidade, quero deixar claro também que não acolho no caso. Confesso meu temor do uso, sem muita discrição, desse

> princípio constitucional, porque, por meio dele, podemos estabelecer o governo dos juízes, que não é, por ser de juízes, menos arbitrário que outros governos arbitrários. Já se questionou, aqui – salvo engano, o em. ministro **Moreira Alves** – se esse princípio da moralidade, previsto no art. 37, seria oponível a atos de natureza legislativa. O argumento dogmático não me impressiona porque, se não for com base no art. 37, esse princípio da moralidade, afinal de contas, estaria compreendido na cláusula do *due process of law* substantivo, de forma que, em tese, poderia ser examinado. [ADI 3.290/DF, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 24-2-2006.]

Feitas essas considerações, senhor presidente, eu acompanho o eminente relator, cumprimentando-o novamente pelo voto proferido.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, apenas para esclarecer um dado, a moldura fática delineada soberanamente pelo Tribunal de origem. Consta ele do acórdão que implicou a manutenção da sentença do juízo no sentido da improcedência do pedido formulado na ação ordinária, pedido que acabou sendo acolhido em grau de embargos infringentes:

> Asseverar-se que tal acordo e pagamentos passaram desapercebidos pela Diretoria, a mesma que agora pretende declarada a inexistência dessa relação jurídica, chega a ser um acinte.
>
> As provas existentes nos autos são contundentes contra tal alegação; foram meses de minutas trocadas e discutidas, com a mesma cláusula sempre escrita de forma inequívoca e destacada, para, ao fim, ser o acordo aprovado [o acordo global e envolvendo não só o principal da ação, vencida pela Eletrobrás, como também as despesas processuais] e firmado pelo Presidente e o Diretor de Gestão Corporativa, sendo homologado pela Diretoria Executiva e ratificado pelo Conselho de Administração.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Posteriormente foi homologado em juízo, não é?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Foi levado a juízo e homologado e teve trinta e três parcelas satisfeitas pela Cesp, não pela Eletrobrás. Na trigésima quarta, a Eletrobrás lembrou-se que talvez pudesse pegar carona e ficar com esses honorários advocatícios.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ou seja, o Tribunal de Justiça, aplicando o princípio da moralidade, num subjetivismo absoluto...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O princípio da moralidade estaria a socorrer o recorrente, conforme estou dizendo em meu voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: ...aplicou equivocadamente o art. 37 ao negócio jurídico perfeito, que foi, então, desfeito pelo Tribunal de Justiça com base na ideia da moralidade.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Ayres Britto: Embora louvando o belíssimo voto do relator...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, embora, consignando que Vossa Excelência, no julgamento do agravo regimental, acompanhou-me.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, vou antecipar pedido de vista. Acho que este caso é muito interessante, muito instigante. E há uma decisão do Supremo na ADI 1.194 sobre essa matéria.

Peço vista.

EXTRATO DA ATA

RE 407.908/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Espólio de Sérgio Roberto Severo Portilho (Advogados: Eduardo Valle de Menezes Cortes e outros). Recorrida: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Advogados: Alexandre Sigmaringa Seixas e outros).

Decisão: Após os votos dos ministros Marco Aurélio, relator, e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário, pediu vista antecipada do processo o ministro Ayres Britto. Falaram: o dr. Eduardo Valle de Menezes Cortes, pelo recorrente, e o dr. João Alberto Romeiro, pela recorrida. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 25 de maio de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Ayres Britto: O presente recurso extraordinário se volta contra o acórdão recorrido por suposta ofensa aos arts. 37 e 114 da Constituição Federal. Acórdão que julgou procedente ação em que se pediu: a) a declaração de inexistência de relação jurídica que autorizasse o recebimento, pelo advogado Sérgio Roberto Severo Portilho, de honorários de sucumbência em causa vencida pela parte recorrida; b) devolução da verba honorária que o referido advogado recebera indevidamente. Tudo porque foi judicialmente homologado um acordo com a previsão de pagamento dos referidos honorários aos patronos judiciais da mesma parte recorrida. Verba levantada, em vida, pelo falecido causídico Sérgio Portilho.

2. Sucede que Sérgio Portilho era empregado da Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul (CEEE), cedido às Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS). Relação empregatícia, essa, sem ônus remuneratórios para a empresa cedente. Remuneração que não era acumulada com a

percepção de honorários de sucumbência, de modo que o advogado teria embutido no mencionado acordo cláusula em sentido contrário, traindo a confiança da parte recorrida (é ela, recorrida, quem o diz).

3. Pois bem, de início, entendo assistir razão ao relator, que deu pela exclusão da competência da Justiça Trabalhista. Isso porque, bem assentou Sua Excelência, não se discute sobre o contrato de trabalho em si. Cuida-se, na verdade, de questionamento sobre determinada cláusula do acordo homologado por órgão da Justiça comum, o que atrai para ela, Justiça comum, a competência para o processo e julgamento da ação.

4. Sem embargo, peço vênia para divergir quanto à conclusão sobre a aplicação do art. 37 da Magna Lei, feita pelo tribunal de origem. E o faço a partir da natureza da recorrida: sociedade de economia mista, delegatária de serviço público essencial, de titularidade da União.

5. Com efeito, a Eletrobrás integra a administração pública federal indireta e, por isso, sua atuação está jungida aos republicanos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscritos no *caput* do art. 37 da Lei das leis. É empresa serviente de todos esses princípios, a partir dos quais deve realizar os serviços que lhe foram delegados: fazer "estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades". É o que se lê na cabeça do art. 2º da Lei 3.890/1961, diploma legislativo que autorizou a constituição de tão importante segmento da pública administração federal. Logo, sua atividade se insere no campo dos serviços próprios do setor energético. Serviços de titularidade da União, indicados na alínea *b* do inciso XII do art. 21 da nossa Constituição Federal.

6. Atento a essas inafastáveis premissas, vejo que a sentença que fixou os honorários de sucumbência na causa originária foi proferida sob a vigência da Lei 4.215/1963. Lei, essa, que dispunha sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e era omissa quanto à titularidade dos honorários de sucumbência: se pertencentes à parte processual ou ao advogado da causa. Daí se segue que, à época da referida sentença condenatória, a disciplina sobre a titularidade dos honorários de sucumbência era a do art. 20 do CPC (Lei 5.869/1973), *in verbis*:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

7. Portanto, os honorários de sucumbência eram devidos à Eletrobrás, e não aos seus patronos judiciais, por expressa e cogente disposição de lei. Regra que não poderia ser afastada sem violação ao princípio constitucional da legalidade, mas não só a ele. É que o repasse da milionária verba de R$ 16 milhões para os causídicos foi perpetrado de modo a conferir mera aparência de legalidade por meio de acordo homologado em juízo. Acordo que foi conduzido diretamente por Sérgio Portilho, então chefe do Departamento Jurídico da companhia estatal, no sentido de contornar o direito da própria parte por ele judicialmente assistida.

Expediente que me parece ofensivo do princípio da moralidade administrativa, debaixo do qual devia atuar o advogado em comento. Mais: tenho por improcedentes as alegações de que a minuta do acordo foi repetidamente examinada por órgãos internos da recorrida, até porque a ineficiência no controle interno da estatal pode até mesmo conter um componente ligado à confiança de que desfrutava o falecido causídico nos quadros da empresa que o remunerava.

8. Também não tenho por consistente a alegação de que havia previsão do recebimento de honorários de sucumbência no contrato de trabalho entre Sérgio Portilho e a sua empresa de origem. É que tal pactuação deixou de ser reproduzida nas novas condições de trabalho entre ele, advogado cedido, e a nova empresa cessionária, titular, por expressa cláusula legal, dos honorários de sucumbência. Mas ainda que válida a cláusula do primitivo contrato de trabalho, é óbvio que o advogado só teria direito a honorários decorrentes de atuação em causas vencidas pela sua empresa de origem. Não por atuação em favor da cessionária de sua mão de obra. Do contrário, concluiríamos que a companhia cedente teria o poder de, indiretamente, transigir quanto a bens e direitos de propriedade da empresa cessionária.

9. Com todo o respeito, também não prospera a alegação de falta de prejuízo para a Eletrobrás, porque os honorários foram pagos pela Companhia Energética de São Paulo (CESP). É que se faz irrelevante saber qual a empresa sucumbente, pois o que interessa é tão somente isto: a parte que era titular do direito aos honorários (Eletrobrás) não recebeu o que lhe era devido.

10. Acresce que a quantia recebida – cerca de R$ 16 milhões, apurados no ano de 1999 – faria por modo tão régio quanto instantâneo a independência financeira de qualquer pessoa. Seu espantoso vulto jamais poderia ser classificado como simples ou mera complementação de salário. Complementação, agora sim, que subjaz à ideia de apropriação de verba honorária pelos advogados da parte processual definitivamente vitoriosa.

11. Concluo, então, que o acórdão recorrido acertadamente reconheceu a invalidade da apropriação em debate.

12. Ante o exposto, conheço do recurso, mas para lhe negar provimento.

É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Ayres Britto: Quero dizer, senhores ministros, se se tratasse de uma verba honorária módica, que pudesse, até com certa boa vontade, a despeito da redação do Código de Processo Civil, ser entendida como um complemento de salário, eu até tenderia para uma interpretação abonadora dessa apropriação da verba de sucumbência, mas o fato é que os honorários, em 1999, foram de R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais).

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E a responsabilidade pela causa?

O sr. ministro Ayres Britto: Há. Todos os advogados têm, ministro, responsabilidade pelas causas que patrocinam.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ministro, o argumento não é jurídico.

O sr. ministro Ayres Britto: É jurídico.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É possível dizer que o valor é muito elevado e, por isso, o profissional da advocacia a ele não tem jus?

O sr. ministro Ayres Britto: Não, Vossa Excelência não entendeu bem o que eu quis dizer, *data venia*. Eu disse que se a verba se contivesse num limite financeiro que nos levasse a interpretá-la como um complemento de salário, eu até toleraria, digamos assim, tenderia a uma interpretação abonadora dessa apropriação. Mas, convenhamos, R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais).

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência falou nos R$ 15.000,000,00 (quinze milhões), ou R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões), três vezes.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, convenhamos, R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), acho que, além de não poder transpor o dispositivo legal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E não foram pagos pela recorrida.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas também tenho como irrelevante isso.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): A recorrida, que não atua no campo da advocacia, quer receber honorários!

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas a parte vencedora, por lei, se apropriaria da verba de sucumbência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Saí da Nacional de Direito com essa noção: a parte compelida a ingressar em juízo para defender direito próprio não deve, uma vez vitoriosa, ter diminuição patrimonial.

Cheguei ao Supremo e, sob o ângulo da Lei 4.215/1963 – o anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil –, encontrei jurisprudência sedimentada segundo a qual os honorários da sucumbência pertencem ao profissional da advocacia, e não à parte, pouco importando se vencedora ou não.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, à época, Excelência, o que interessava era esse dispositivo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O mais interessante não é isso. Vossa Excelência me permite? Houve um acordo efetivado, observado até certa altura, homologado pela Justiça, pelo Judiciário, e, posteriormente, a pretexto de que esse acordo conflitaria com o princípio da moralidade, que é de definição muito subjetiva, ingressou-se com ação anulatória.

O sr. ministro Ayres Britto: Que salta à evidência que conflitaria mesmo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Houve o julgamento dessa ação anulatória, em detrimento do profissional da advocacia, hoje falecido, que, segundo

o ministro Ayres Britto, gozava de grande conceito e, até parece que, a esta altura, morto, já não goza mais.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu não disse que gozava de grande conceito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência se referiu ao fato.

O sr. ministro Ayres Britto: A passagem que digo é que certamente a empresa confiava na respeitabilidade, na reputação do seu advogado.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Então houve uma ação anulatória contra o acordo judicial quando já se estava na trigésima – penso, eu teria de conferir no processo – das quarenta prestações sucessivas. Chegou-se à conclusão de que os honorários não deveriam caber ao profissional da advocacia que defendera a recorrida, mas a esta última, a Eletrobrás.

O sr. ministro Ayres Britto: Com o novo Estatuto da Ordem, os honorários da sucumbência pertencem ao advogado, mas, à época, não.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Agora, o mais interessante é que esse recurso extraordinário foi trancado na origem, e o agravo, provido por esta Turma com os votos dos ministros Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Ayres Britto e o meu próprio. Vossa Excelência também proveu o agravo e vislumbrou, portanto, que se teria levado ao extremo esse princípio da administração pública – gênero –, que não devia estar sequer mencionado na Carta da República, que é o princípio da moralidade, para desfazer acordo judicial homologado e assentar-se que honorários advocatícios não são da titularidade do profissional, do advogado, mas da empresa que litiga, da parte.

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência, eu estou fazendo uma análise à luz da legislação então vigente, e, por ela, os honorários eram devidos à parte vencedora.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ministro, na dicção do Supremo, a legislação vigente já atribuía os honorários advocatícios ao profissional da advocacia, não à parte.

O sr. ministro Ayres Britto: Seja como for, eu discordo, e o faço veementemente, do voto do ministro Marco Aurélio, no caso.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E assim não o faço em relação ao voto de Vossa Excelência!

O sr. ministro Ayres Britto: Eu o faço veementemente, discordo do voto de Vossa Excelência, com a devida vênia, mas o faço com ênfase. Entendo que o acórdão recorrido, acertadamente, reconheceu a ilegalidade da apropriação da verba honorária em causa.

Estou conhecendo do recurso, senhores ministros, mas para lhe negar provimento.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, a questão é de importância vital, tanto que penso que foi o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que pediu para intervir no processo como assistente e, contra a postura

adotada pelo recorrente, pelo espólio, que vislumbrou incidente desnecessário a atrasar o julgamento, admiti essa assistência. É de suma importância o tema de fundo, que, digo, foi placitado pelo Judiciário na homologação do acordo, atribuindo-se os honorários, pouco importando o valor em pecúnia, ao profissional da advocacia, hoje falecido. E assim vinha recebendo – não sei se o espólio chegou a receber alguma parcela –, até que a Eletrobrás disse: olha, posso pegar, quem sabe, uma carona nesses honorários e ficar com eles. E ingressou com ação anulatória desse acordo judicial que, como se ressaltou, passou por setores administrativos da própria Eletrobrás.

O sr. ministro Ayres Britto: É que esses acordos se limitam à verificação das formalidades extrínsecas, tanto que esse tipo de decisão judicial não faz coisa julgada material. Só faz coisa julgada formal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não está no processo? E onde está a petição da Ordem?

O sr. ministro Ayres Britto: Bem, senhor presidente, é o meu voto, *data venia* do entendimento contrário, do ministro relator.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Foi em 6 de novembro de 2010, presidente, às 12h30, na residência, que confeccionei a decisão, admitindo, no caso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente. Requereu a admissão, no processo, como assistente de quem, da Eletrobrás? Não! Assistente do espólio presente a figura profissional do advogado falecido.

A sra. advogada: Pela ordem, senhor presidente. Gostaria apenas de prestar um esclarecimento de fato com relação ao depósito das parcelas. Foram quarenta parcelas...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Pois não, primeiro, a senhora precisa aguardar a licença do presidente. O relator está de acordo?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sim, presidente, estou sempre pronto a ouvir os senhores advogados no que contribuem para a feitura da almejada justiça.

A sra. advogada: Senhor presidente, desculpe-me, talvez, pela minha inexperiência e nervosismo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Pois não.

A sra. advogada: Foram pagas em quarenta prestações e após o pagamento da trigésima terceira, foi obstado o recebimento de qualquer parcela. Então o dinheiro continua depositado em juízo sem o recebimento, após a propositura da ação, por nenhuma das partes. E apenas ressaltando que o recorrente era apenas um dos patronos judiciais que receberam a verba, contra quem somente foi contra ele proposta a ação e que o dinheiro era repartido entre os patronos judiciais da Eletrobrás.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Agora, presidente, outro detalhe. A balança da vida tem dois pratos. Se não vingar o entendimento do espólio, terá de restituir, com juros e, quem sabe, também correção monetária, pelo menos R$

15.425.928,25 (quinze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, novecentos e vinte e oito reais e vinte e cinco centavos).

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Já recebeu?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Já recebeu em trinta e três parcelas.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Veja Vossa Excelência, as parcelas vinham sendo pagas mensalmente e a Eletrobrás não se insurgiu quanto a isso. Insurgiu-se quando já se chegava ao término dessas parcelas e, mesmo assim, presente esse princípio, que não pode ser levado ao extremo, o da moralidade, porque não vivemos no mundo dos vestais. Será que foi dado o alcance próprio ao art. 37, cabeça, da Constituição Federal?

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência, o Princípio da Moralidade tem um conteúdo de logo aplicável. Foi por isso que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADC 12, que propugnava o combate ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Devo lembrar que o primeiro caso enfrentado sobre nepotismo, e fui o relator no Pleno, valeu-me, no Judiciário do Rio Grande do Sul, uma grande inimizade, no que o glosei.

EXTRATO DA ATA

RE 407.908/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Espólio de Sérgio Roberto Severo Portilho (Advogados: Eduardo Valle de Menezes Cortes e outros). Recorrida: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Advogados: Alexandre Sigmaringa Seixas e outros).

Decisão: Após os votos dos ministros Marco Aurélio, relator, e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário, e do ministro Ayres Britto, que lhe negava provimento, pediu vista do processo a ministra Cármen Lúcia. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Compareceu o ministro Ayres Britto para julgar processos a ele vinculados. Subprocurador-geral da República, dr. Wagner Mathias.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

VOTO-VISTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Em 22-3-1999, o recorrido ajuizou ação ordinária com o objetivo de declarar a nulidade de cláusula de acordo homologado judicialmente alegando que:

> em 1989, a Eletrobrás propôs (...) ação ordinária contra a *Companhia Energética de São Paulo* – CESP, na qual obteve julgamento favorável, cujo trânsito em julgado ocorreu em 17-06-94.

Posteriormente, em 30-09-96, as partes daquela ação celebraram "Instrumento Particular de Reconhecimento de Débito", para que fosse parcelada a dívida, de R$ 144.684.507,80 (cento e quarenta e quatro milhões, seiscentos e oitenta e quatro mil, quinhentos e sete reais e oitenta centavos), em 40 prestações mensais.

Escamoteado nesse instrumento, elaborado pelo próprio réu, *Sérgio Roberto Severo Portilho*, na época Consultor Jurídico da Eletrobrás, o contrato dispunha, na cláusula terceira:

> Parágrafo Sétimo – as parcelas referentes à verba de sucumbência fixada na sentença condenatória da ação, já transitada em julgado, promovida perante a 19ª Vara Cível, e identificada no *caput* desta cláusula, serão pagas, pela Cesp, nas condições estabelecidas, mediante depósitos judiciais, *aos patronos judiciais da Eletrobrás*.

Essa disposição, habilmente embutida no acordo, em capítulo dedicado à amortização da dívida, passou despercebida à Diretoria da Eletrobrás, no momento da assinatura do instrumento. Isso porque os representantes da sociedade autora, signatários do contrato, confiavam plenamente no réu, Consultor Jurídico da Eletrobrás, que redigiu o documento. [Fl. 5-6.]

A ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeira instância, decisão contra a qual houve a interposição de duas apelações: a primeira pela ora recorrida, questionando o mérito da sentença; a segunda pelo ora recorrente pleiteando a majoração dos honorários fixados na sentença.

A decisão foi parcialmente reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

> Ação ordinária para declaração de inexistência de relação jurídica e devolução de verba honorária. Recebimento por advogado empregado de sociedade de economia mista de honorários arbitrados em sentença na qual a autora restou vencedora. Possibilidade. Transação efetuada na fase de execução com cláusula contratual clara e expressa em relação a tal verba, aprovada pelos órgãos executivos da empresa. Previsão legal na Lei dos Advogados vigente quando o crédito foi estabelecido. Decisão de improcedência que observou o princípio da legalidade a ser confirmada. Elevação do percentual da verba honorária em razão da qualidade dos serviços prestados e do acompanhamento dos recursos, que delongam a solução final da lide. Desprovimento do primeiro recurso e provimento do segundo. [Fl. 822.]

Contra esse acórdão houve a oposição de embargos infringentes, cujo julgamento importou na reforma total da sentença com a condenação do ora recorrente à devolução de todas as parcelas do acordo já recebidas, conforme se tem na ementa do julgamento:

> *Embargos infringentes* – Ação ordinária objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora, sociedade de economia mista, e seu advogado no que pertine ao recebimento dos honorários de sucumbência atribuídos àquela em ação movida contra outra sociedade de economia mista, e da qual foi vencedora – Improcedência – Apelação – Improvimento, por maioria.
>
> Embargos infringentes.
>
> Inexistindo entre a empresa de economia mista e seu procurador qualquer contrato reconhecendo caber a este os honorários de sucumbência, afronta o

princípio da moralidade a atribuição a ele dos honorários impostos em sentença em favor da embargante, já que aquele estaria se beneficiando de dupla remuneração – salário e honorários.

Recurso provido. [Fl. 967.]

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados com os seguintes fundamentos:

Omissão – Incompetência absoluta.

Tem a justiça comum competência para decidir a quem compete o recebimento dos honorários resultantes de sentença condenatória imposta em causa que teve curso perante ela, embora a decisão a respeito envolva discussão relativa à natureza do contrato existente.

Os embargos declaratórios não constituem meio próprio para alcançar a modificação do julgado, estando eles submetidos às rígidas hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Rejeição da alegação de incompetência.

Improvimento dos embargos. [Fl. 1030.]

Daí a interposição do recurso extraordinário, no qual se alega estaria sendo usurpada a competência da Justiça do Trabalho, pois o direito aos honorários teria passado a integrar o contrato de trabalho do recorrente, e que não teria havido contrariedade ao art. 37, *caput*, da Constituição da República, dado a própria legislação estabelecer que os honorários fixados judicialmente pertencem ao advogado, direito que foi reconhecido por este Supremo Tribunal Federal também aos advogados de empresas públicas e sociedades de economia mista "que exploram atividade econômica não monopolística", conforme decidido no julgamento da ADI 1.152.

2. Em 11-4-2005, o ministro Eros Grau, relator originário, negou seguimento a este recurso extraordinário por considerar que não teria havido prequestionamento dos dispositivos constitucionais suscitados pelo recorrente e que a ofensa constitucional, se houvesse, seria indireta ou reflexa (fl. 1116), decisão contra a qual foi interposto agravo regimental.

Em 13-9-2005, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal deu provimento ao agravo regimental para que o recurso extraordinário fosse levado a julgamento colegiado.

Depois de sucessivos incidentes processuais (alteração de relatoria e substituição de parte por falecimento) os autos foram redistribuídos ao ministro Marco Aurélio.

3. Na sessão do dia 25-5-2010, deu-se início ao julgamento deste recurso extraordinário.

O ministro Marco Aurélio, relator, afastou inicialmente a alegação de contrariedade ao art. 114 da Constituição da República, por considerar que o direito aos honorários discutido nos autos não decorreu do contrato de trabalho que existia entre o recorrente e a recorrida, mas do acordo homologado judicialmente.

O ministro relator proferiu voto nos seguintes termos:

> Consignou-se que o que pactuado contrariaria [o princípio da moralidade]. Percebam os parâmetros da cláusula homologada em juízo. Previram-se honorários advocatícios a serem satisfeitos, considerados os patronos da recorrida, pela empresa sucumbente. Em síntese, não resultou da citada cláusula ônus para a recorrida. Como, então, empolgar o princípio da moralidade a partir de premissa segundo a qual, mantendo o profissional da advocacia vínculo empregatício com sociedade de economia mista, o salário percebido já cobre o desempenho havido, não se podendo cogitar do direito a honorários advocatícios? A visão mostrou-se generalizada e, deve-se notar, foi implementada por escassa maioria no julgamento de embargos infringentes, sendo as decisões do juízo e também do Tribunal de Justiça no julgamento da apelação favoráveis ao ora recorrente e ao falecido profissional. Descabe assentar, como fez o Tribunal de origem, a violência ao art. 37 da Constituição Federal, ao princípio da moralidade, no que, à margem da relação empregatícia, previu-se, em acordo homologado e decorrente de sentença transitada em julgado, que os honorários advocatícios – repita-se, a cargo não da recorrida, mas da empresa sucumbente, a Cesp – seriam pagos aos profissionais da ora recorrida. O passo mostrou-se demasiadamente largo, contrariando o que ajustado e homologado pelo Judiciário.
>
> Frise-se, por oportuno, que do citado acordo foram satisfeitas várias parcelas mensais e, somente a essa altura, veio a recorrida a ingressar em juízo objetivando o desfazimento do que estabelecido na cláusula transcrita. O acórdão impugnado implicou não só – numa visão distorcida do art. 37 da Constituição Federal – a insubsistência do acordo, como também a obrigatoriedade de o réu da ação restituir à ora recorrida a quantia substancial de R$ 15.425.928,25 (quinze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, novecentos e vinte e oito reais e vinte e cinco centavos), corrigida monetariamente a partir do recebimento de cada parcela e acrescida de juros da mora a contar da citação. O réu também foi condenado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

O ministro Dias Toffoli acompanhou o ministro Marco Aurélio, tendo o ministro Ayres Britto antecipado o pedido de vista.

4. Na sessão de 30-11-2010, o ministro Ayres Britto proferiu voto-vista divergindo do ministro relator, baseando-se na natureza jurídica da recorrida e no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O ministro Ayres Britto considerou que a sentença foi proferida quando vigia a Lei 4.215/1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que era omissa no que respeita à fixação de honorários advocatícios, devendo ser observado no caso apenas o art. 20 do Código de Processo Civil. Tendo em vista essas premissas, o ministro Ayres Britto expôs os seguintes fundamentos:

> Portanto, os honorários de sucumbência eram devidos à Eletrobrás, e não aos seus patronos judiciais, por expressa e cogente disposição de lei. Regra que não poderia ser afastada sem violação ao princípio constitucional da legalidade, mas não só a ele. É que o repasse da milionária verba de R$ 16 milhões para os causídicos foi perpetrado de modo a conferir mera aparência de legalidade por meio de acordo homologado em juízo. Acordo que foi conduzido diretamente por Sérgio Portilho,

então chefe do Departamento Jurídico da companhia estatal, no sentido de contornar o direito da própria parte por ele judicialmente assistida. Expediente que me parece ofensivo do princípio da moralidade administrativa, debaixo do qual devia atuar o advogado em comento. Mais: não me parecem procedentes as alegações de que a minuta do acordo foi repetidamente examinada por órgãos internos da recorrida, até porque a ineficiência no controle interno da estatal pode até mesmo conter um componente ligado à confiança de que desfrutava o falecido causídico nos quadros da empresa que o remunerava.

Também não tenho por consistente a alegação de que havia previsão do recebimento de honorários de sucumbência no contrato de trabalho entre Sérgio Portilho e a sua empresa de origem. É que tal pactuação deixou de ser reproduzida nas novas condições de trabalho entre ele, advogado cedido, e a nova empresa cessionária, titular, por expressa cláusula legal, dos honorários de sucumbência. Mas ainda que válida a cláusula do primitivo contrato de trabalho, é óbvio que o advogado só teria direito a honorários decorrentes de atuação em causas vencidas pela sua empresa de origem. Não por atuação em favor da cessionária de sua mão de obra. Do contrário, concluiríamos que a companhia cedente teria o poder de, indiretamente, transigir quanto a bens e direitos de propriedade da empresa cessionária.

Com todo o respeito, também não prospera a alegação de falta de prejuízo para a Eletrobrás, porque os honorários foram pagos pela Companhia Energética de São Paulo (CESP). É que se faz irrelevante saber qual a empresa sucumbente, pois o que interessa é tão somente isto: a parte que era titular do direito aos honorários (Eletrobrás) não recebeu o que lhe era devido.

Acresce que a quantia recebida, para mim indevidamente *data venia* – cerca de R$ 16 milhões, apurados no ano de 1999 – obviamente faria a independência financeira de qualquer pessoa. Seu espantoso vulto jamais poderia ser classificado como simples ou mera complementação de salário. Complementação, agora sim, que subjaz à ideia de apropriação de verba honorária pelos advogados da parte processual definitivamente vitoriosa.

Após o voto do ministro Ayres Britto, pedi vista dos autos para examinar melhor o tema.

5. Afasto, inicialmente, a alegação de contrariedade ao art. 114 da Constituição da República, pois o objeto da ação está claramente relacionado com a atuação do recorrente em acordo homologado judicialmente e não tem qualquer vínculo com o contrato de trabalho firmado entre o recorrente e o recorrido.

6. Independentemente da data da sentença cuja execução importou no acordo homologado, a data deste é que deve ser considerada para o fim de se estabelecer qual era a legislação vigente dispondo sobre o direito aos honorários sucumbenciais.

Nos termos do inciso III do art. 269 c/c o inciso II do art. 794 do Código de Processo Civil, a transação resolve o mérito do mesmo modo que a sentença judicial e, segundo o art. 840 do Código Civil, a transação que tem por objetivo terminar litígio importa em concessões mútuas. Isso significa dizer que a transação (ou acordo) realizada em juízo de execução substitui os termos da sentença proferida no juízo de conhecimento, tornando-se novo título constitutivo de obrigações mútuas. Daí por que deve ser examinada a legislação vigente na época da

transação homologada judicialmente, em 30-9-1996, ou seja, o atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994).

7. Dispõem os arts. 21, *caput*, e 24, §§ 3º e 4º, do Estatuto da Ordem:

> Art. 21. Nas causas em for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.
> (...)
> Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar os honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.
> (...)
> § 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.
> § 4º O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença.

O art. 21, *caput*, e o § 3º do art. 24 foram objeto da ADI 1.194, da qual fui designada relatora para o acórdão, tendo este Supremo Tribunal Federal conferido interpretação conforme ao primeiro dispositivo e declarado a inconstitucionalidade do segundo utilizando como único fundamento o princípio da liberdade contratual, nos seguintes termos:

> Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Arts. 1º, § 2º; 21, parágrafo único; 22; 23; 24, § 3º; e 78 da Lei 8.906/1994. Intervenção como litisconsórcio passivo de subsecções da OAB: inadmissibilidade. Pertinência temática. Arts. 22, 23 e 78: não conhecimento da ação. Art. 1º, § 2º: ausência de ofensa à Constituição da República. Art. 21 e seu parágrafo único: interpretação conforme à Constituição. Art. 24, § 3º: ofensa à liberdade contratual. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.
> 1. A intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade tem características distintas deste instituto nos processos subjetivos. Inadmissibilidade da intervenção de subsecções paulistas da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes.
> 2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), por ausência de pertinência temática, relativamente aos arts. 22, 23 e 78 da Lei 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados.
> 3. A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (art. 1º, § 2º, da Lei 8.906/1994) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa.
> 4. O art. 21 e seu parágrafo único da Lei 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente.
> 5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei 8.906/1994, segundo o qual "é nula

qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência".

6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei 8.906/1994.

Essa interpretação também seria válida se fosse aplicável à espécie a legislação anterior à Lei 8.906/1994, pois a prevalência da preservação da liberdade contratual foi extraída da Constituição da República.

No caso, a liberdade contratual foi plenamente observada, pois a cláusula da transação homologada judicialmente que dispõe sobre os honorários é inequívoca em seus termos, estando expresso que:

Cláusula terceira – Da amortização dos débitos dos contratos ECF-1047/86 e 967/84.

O débito mencionado no item 1, da cláusula segunda, no montante de R$ 144.684.507,80, representa o total das parcelas de R4 131.522.992,81 (158.710.019,08 UFIRs), referente ao principal e aos juros de R$ 9.215,72 (11.120,69 UFIRs), relativos às custas e às despesas judiciais, e de R$ 13.152.299,27 (15.871.001,90 UFIRs) concernentes aos honorários de sucumbência.

Parágrafo Sétimo – as parcelas referentes à verba de sucumbência fixada na sentença condenatória da ação, já transitada em julgado, promovida perante a 19ª Vara Cível, e identificada no *caput* desta cláusula, serão pagas, pela Cesp, nas condições estabelecidas, mediante depósitos judiciais, aos patronos judiciais da Eletrobrás.

A clareza da cláusula impede o acolhimento do argumento da recorrida de que "essa disposição, habilmente embutida no acordo, em capítulo dedicado à amortização da dívida, passou despercebida à Diretoria da Eletrobrás, no momento da assinatura do instrumento. Isso porque os representantes da sociedade autora, signatários do contrato, confiavam plenamente no réu, consultor jurídico da Eletrobrás, que redigiu o documento".

Estamos falando da diretoria de uma das mais importantes sociedades de economia mista do Brasil. Não é possível crer que os diretores da Eletrobrás simplesmente deixariam passar *despercebidamente* uma cláusula inequívoca que, à época, dispunha sobre mais de *treze milhões de reais*.

No voto vencedor proferido no julgamento da apelação ficou assentado que:

Os elementos trazidos à apreciação demonstram com ampla evidência, que os fatos constitutivos dos direitos pleiteados, qual seja a declaração da inexistência de relação jurídica e a devolução dos honorários recebidos pelo réu, que se caracterizaria por um ato ilícito, consistente no "embolsar indevidamente, a título de honorários advocatícios, quantia estratosférica" isto, por ação sub-reptícia, ou seja fraudulenta, praticada à revelia, por desapercebida à Diretoria da empresa autora, não se viu caracterizada sob qualquer aspecto, no que consta neste processo.

A análise das condições em que os fatos ocorreram evidenciam a legitimidade do atuar do advogado réu, e a constatação que a empresa busca alegar em

benefício próprio comportamento torpe da Diretoria que ciente e consciente, a cada passo, por vários anos, de todas as tratativas que envolveram a lide, na qual resultou vencedora e que fez surgir o direito de recebimento de honorários pelo seu advogado, vem a Juízo dizer que a operação vinha sendo realizada na surdina e que não sabia que seus antigos advogados, também ex-empregados, vinham se refastelando com os polpudos milhões que o réu recebe da Cesp!

(...)

No exercício das mesmas funções, na empresa requisitante, funcionou por vários anos em ação de grande vulto proposta pela Eletrobrás contra a congênere paulista Cesp, a qual resultou em sentença de procedência, com arbitramento da verba de sucumbência sobre o valor do débito, decisão esta que transitou em julgado em 17-5-1994.

Iniciada a execução em agosto de 1994, depois de dois anos de novas tratativas, foi celebrado um acordo, com o reconhecimento do débito e a forma de pagamento, estabelecendo-se o parcelamento em quarenta meses, destacando-se no instrumento a parcela remuneratória da verba honorária, em igual número, à disposição do Juízo, para levantamento pelo advogado.

Asseverar-se que tal acordo e pagamentos passaram desapercebidos pela Diretoria, a mesma que agora pretende declarada a inexistência desta relação jurídica, chega a ser um acinte.

As provas existentes nos autos são contundentes contra tal alegação; foram meses de minutas trocadas e discutidas, com a mesma cláusula sempre escrita de forma inequívoca e destacada, para, ao fim, ser o acordo aprovado e firmado pelo Presidente e o Diretor de Gestão Corporativa, sendo homologado pela Diretoria Executiva e ratificado pelo Conselho de Administração.

O pretexto, neste passo é inconsistente e a pretensão abusiva.

As razões jurídicas trazidas em abono do pedido são inteiramente descabidas. [Fls. 823-824.]

8. Embora discorde da afirmação feita pelo ministro Dias Toffoli de que não seria possível a "aplicação autônoma do princípio da moralidade", no caso a ofensa a esse princípio é afastada pela evidência constante nos autos de que o recorrente agiu nos limites das suas funções e de boa-fé, conduzindo a elaboração do acordo de forma clara e colocando em destaque cláusula que o beneficiaria.

Classificar como imoral a atuação do recorrente apenas por ter sido ele quem elaborou a minuta do acordo e conduziu os procedimentos necessários para a sua aprovação seria desconsiderar que todos os acordos judiciais têm por pressuposto a atuação de um advogado que potencialmente se beneficiará dos honorários fixados na transação.

9. Desse modo, pedindo vênia ao ministro Ayres Britto, **acompanho o relator para dar provimento ao recurso extraordinário**.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Acompanho o relator, embora impressione, num primeiro momento, a importância vultosa concedida, por

acordo, ao advogado em termos de honorários. Mas Vossa Excelência disse muito bem que, enfim, é um direito do advogado...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Há detalhe que causa espécie: os honorários não foram satisfeitos pela empresa, mas, sim, pela outra parte. E ela pretende ficar com esses honorários depois de satisfeitas trinta e seis parcelas – e foi um acordo judicial homologado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Aí haveria até um enriquecimento sem causa.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Os honorários são treze milhões.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, antes do estatuto atual, a jurisprudência já era nesse sentido. Hoje o estatuto revela que os honorários são do profissional da advocacia, e não de quem porventura tenha contratado esse profissional.

O sr. ministro Luiz Fux: O novo código traz uma regra expressa no sentido de que é direito autônomo não compensável na sucumbência recíproca.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sim, inclusive prestação alimentícia e precatório próprio. A titularidade é do advogado. É interessante a matéria.

EXTRATO DA ATA

RE 407.908/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Espólio de Sérgio Roberto Severo Portilho (Advogados: Eduardo Valle de Menezes Cortes e outros). Recorrida: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Advogados: Alexandre Sigmaringa Seixas e outros). Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (Advogados: Osvaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e outros).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator, vencido o ministro Ayres Britto. 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. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 13 de abril de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 — SC

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina — Recorridos: Marco Aurélio de Oliveira Santos e outros

Direito constitucional. Exercício profissional e liberdade de expressão. Exigência de inscrição em conselho profissional. Excepcionalidade. Art. 5º, IX e XIII, da Constituição.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que decidiu, com fundamento no art. 5º, IX e XIII, da Constituição Federal, que a atividade de músico não depende de qualquer registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB). O Tribunal *a quo* entendeu, também, que o órgão de classe tem meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão de músico.

2. A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, em resumo, a inadequação do *mandamus* contra a lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, da Carta Maior. Argumenta, mais, que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão. No caso dos músicos, a Lei 3.857/1960 estabelece essas restrições. Ademais, diz, ainda, que a Ordem dos Músicos do Brasil possui poder de polícia.

3. Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 295v.).

4. A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): 1. Os impetrantes, em mandado de segurança deferido perante o juízo federal de primeiro grau e confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, impugnam ato concreto da Ordem dos Músicos do Brasil que proibiu os integrantes de banda musical de se apresentarem sem portar as carteiras profissionais e comprovar o pagamento das contribuições à ordem de classe. Não se trata, pois, de insurgência contra lei em tese, como sustenta a recorrente, mas contra ato concreto de fiscalização emanado da Ordem dos Músicos do Brasil. Adequada é, pois, a via do mandado de segurança.

2. Verifico, por outro lado, que a afronta ao art. 170 da Constituição Federal não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido. Incidem os óbices das Súmulas STF 282 e 356.

3. Com relação à invocada ofensa aos incisos IX e XIII do art. 5º da Constituição Federal, que foram prequestionados, observo que a liberdade de exercício de profissão neles assegurada já encontrava previsão no art. 141, § 14, da Constituição Federal de 1946, assim como na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969[1].

É verdade que a Constituição em vigor, assim como as anteriores, ao garantir a liberdade do exercício de profissão, não o fez de forma absoluta. A liberdade está sujeita às qualificações profissionais que a lei exigir. Essa limitação há que ser

---

[1] Constituição Federal de 1988.
"Art. 5º (...)
(...)
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
(...)
XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;"
Constituição Federal de 1946.
"Art. 141. (...)
(...)
§ 14. É livre o exercício de qualquer trabalho, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."
Constituição Federal de 1967, não alterada pela Emenda Constitucional 1/1969.
"Art. 153. (...)
(...)
§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

posta, entretanto, sempre, com vistas ao interesse público. Nunca aos interesses de grupos profissionais.

A propósito, ensina Sampaio Dória:

> A lei, para fixar as condições de capacidade técnica, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar o desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para o exercício de determinadas profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas. [*Comentários à Constituição de 1946*. v. IV, p. 637.]

Nesse mesmo sentido, entre outros, também Celso Ribeiro Bastos (*Comentário à Constituição do Brasil*, v. 2, Editora Saraiva, 1988).

Sob tal perspectiva, as exigências de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e de o afiliado estar em dia com o pagamento de anuidade ferem o livre exercício da profissão.

Foi o que, sob a égide da Constituição anterior, decidiu esta Corte, no julgamento da Rp 930/DF, em que foi examinado tema semelhante. Naquela ocasião, foi declarada, por maioria, a inconstitucionalidade da lei que impediu o exercício da profissão aos que não estivessem inscritos no Conselho Federal dos Corretores de Imóveis. O ministro Rodrigues Alckmin, após excepcionar a legitimidade e a constitucionalidade de ordens relativas a profissões que reclamam condições especiais de capacidade, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, disse:

> Assim, a exigência de registro num Conselho ou Ordem profissional é absolutamente inconstitucional, porque não há qualquer função pública legítima, de fiscalização dessa profissão, que possa ser atribuído a esse Conselho. Ele permaneceria, assim, como uma superada corporação de ofício, sem desempenhar qualquer função de interesse público que pudesse justificar-lhe a criação, a pretender monopolizar o exercício de uma atividade vulgar. A admitir tal Conselho, todas as atividades, a pretexto de reclamarem moralidade ou honestidade de suas exercentes, se viriam a constituir em ordens profissionais. E teríamos ressuscitadas, com seus monopólios e privilégios, na sua forma antidemocrática de "*recherche de leurs intérêts au détriment de la société générale*", as corporações de ofício.
>
> (...)
>
> E não pode a Ordem invocar o poder de polícia do Estado (porque não há legitimidade na regulamentação da profissão) para exigir o aludido registro. Outrossim, como simples associação de classe, não pode a lei impor que nela ingressem os que queiram exercer a atividade (...).
>
> (...)

> Afastado o exaltado individualismo da Revolução Francesa, em que a lei *Le Chapelier* visava a impedir que os profissionais se entendessem ou deliberassem na "*défénse de leurs prétendus intérêts communs*", admitida a legitimidade das associações profissionais livres, para a defesa desses interesses; admitido que o Estado, sob a inspiração do interesse público, regularmente e fiscalize o exercício de determinadas profissões; cumpre jamais perder de vista que essa regulamentação somente poderá legitimar-se, num regime democrático, quando vise, realmente, a satisfazer ao bem público. Permitir que, sob color de regulamentar profissão, se criem, sob a forma de ordens profissionais, novas corporações de ofícios, para monopólio de certas atividades e para a consecução de privilégios; para restringir o número de profissionais, em benefícios de alguns, ou para impedir ou dificultar o exercício de uma atividade vulgar, que o interesse público dispensa regulamentada, é um retrocesso incompatível com o regime constitucional em que vivemos.

4. Na hipótese da música, a livre expressão artística é de sua essência. No seu exercício, com muito mais razão que no que diz respeito ao corretor de imóvel, a atividade é de ser exercida independente de censura ou licença. A obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil para os profissionais da música que se apresentem profissionalmente equivale à exigência de licença expressamente proibida pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal em vigor. Já a exigência de comprovação de pagamento de anuidade é ainda mais despropositada também porque, como acentuou o acórdão recorrido, a Ordem dos Músicos do Brasil tem outros meios legais para efetuar a cobrança.

5. **Nego provimento** ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 414.426/SC — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina (Advogados: Avani Serafim de Santana e outros). Recorridos: Marco Aurélio de Oliveira Santos e outros (Advogado: Rafael Vicente Roglio de Oliveira).

Decisão: Após o voto da ministra relatora, conhecendo do recurso e lhe negando provimento, no que foi acompanhada pelo ministro Joaquim Barbosa, pediu vista o ministro Gilmar Mendes. Falou, pela recorrente, o dr. Avani Serafim de Santana. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o ministro Carlos Velloso.

Presidência do ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão a ministra Ellen Gracie e os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Celso de Mello. Subprocurador-geral da República, dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 18 de outubro de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

PROPOSTA

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Na verdade, diante do caso, que nós já julgamos, sobre o diploma de jornalista, o tema é realmente similar à questão da ordem dos músicos, e, tendo em vista que se trata de discussão exatamente sobre a incidência do inciso XIII, da profissão, a liberdade profissional, estou propondo que a matéria seja submetida ao Plenário.

EXTRATO DA ATA

RE 414.426/SC — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina (Advogados: Avani Serafim de Santana e outros). Recorridos: Marco Aurélio de Oliveira Santos e outros (Advogado: Rafael Vicente Roglio de Oliveira).

Decisão: A Turma, acolhendo proposta do ministro Gilmar Mendes, deliberou afetar ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do presente feito. Presidiu este julgamento o ministro Gilmar Mendes.

Presidência da ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o ministro Gilmar Mendes, presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 17 de novembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu, com fundamento no art. 5º, IX e XIII, da Constituição Federal, que a atividade de músico não depende de qualquer registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB).

O Tribunal *a quo* entendeu, ainda, que o referido órgão de classe tem meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão de músico.

A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, em resumo, a inadequação do *mandamus* contra a lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, da Carta Maior.

Argumenta, ademais, que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão. No caso dos músicos, a Lei 3.857/1960 estabelece essas restrições. Sustenta, ainda, que a Ordem dos Músicos do Brasil possui poder de polícia.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 295v.).

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

Iniciado o julgamento na Segunda Turma, em sessão realizada em 18-10-2005, proferi voto no qual conhecia do recurso e negava-lhe provimento, no que fui acompanhada pelo eminente ministro Joaquim Barbosa. Nessa mesma assentada, pediu vista o eminente ministro Gilmar Mendes.

Na sessão de 17-11-2009, a Segunda Turma voltou a apreciar o feito, oportunidade na qual aquele órgão fracionário, acolhendo questão de ordem suscitada pelo eminente ministro Gilmar Mendes, deliberou afetar a este Plenário o julgamento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A questão trazida a julgamento diz respeito à liberdade do exercício de atividade profissional, especificamente à obrigatoriedade de os músicos se inscreverem na Ordem dos Músicos do Brasil, pagarem anuidade e ostentarem carteira de identidade de músico como requisito para suas apresentações públicas.

A Lei 3.857/1960 dispõe:

> Art. 16. Os músicos só poderão exercer a profissão depois de regularmente registrados no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura e no Conselho Regional dos Músicos sob cuja jurisdição estiver compreendido o local de sua atividade.
>
> Art. 17. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei, serão entregues as carteiras profissionais que os habilitarão ao exercício da profissão de músico em todo o país.
>
> § 1º A carteira a que alude este artigo valerá como documento de identidade e terá fé pública;
>
> § 2º No caso de o músico ter de exercer temporariamente a sua profissão em outra jurisdição, deverá apresentar a carteira profissional para ser visada pelo presidente do Conselho Regional desta jurisdição;
>
> § 3º Se o músico inscrito no Conselho Regional de um Estado passar a exercer por mais de 90 (noventa) dias atividade em outro Estado, deverá requerer inscrição no Conselho Regional da jurisdição deste.
>
> Art. 18. Todo aquele que, mediante anúncios, cartazes, placas, cartões comerciais ou quaisquer outros meios de propaganda se propuser ao exercício da profissão de músico, em qualquer de seus gêneros e especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a liberdade profissional, entendendo que "A atividade de músico, por força da Carta Política de

1988, não depende de qualquer registro ou licença, não podendo ser impedida a sua livre expressão por interesses da Ordem dos Músicos do Brasil".

A Ordem pede o provimento do recurso extraordinário alegando que o mandado de segurança não se prestaria à declaração de inconstitucionalidade de lei e que os desembargadores federais "*negaram vigência aos arts.* 5º, IX e XIII, 170 e 200, da Constituição Federal". Em petição posterior, solicitou suspensão ou julgamento concomitante com a ADPF 183, rel. min. Ayres Britto, proposta em 14-7-2009 pela então procuradora-geral da República, na qual é requerida a declaração de não recepção de vários dispositivos da Lei 3.857/1960 por eventual incompatibilidade com os incisos IV, IX e XIII do art. 5º da Constituição Federal. O referido feito já se encontra aparelhado, mas ainda não foi incluído em pauta.

2. Tenho que não há óbice ao conhecimento do mérito.

A questão constitucional surgiu no processo como fundamento para o afastamento de iminentes atos concretos de restrição ao livre exercício profissional, porquanto os impetrantes são integrantes de grupo musical que realizaria diversas apresentações no próprio mês da impetração e subsequentes (fl. 13 dos autos). Não se trata, pois, de mandado de segurança contra lei em tese. Ademais, não se tratando de mandado de segurança da competência originária desta Corte, sequer cabe analisar-se tal aspecto, restringindo-se o conhecimento à análise da questão constitucional que aqui chegou em sede de recurso extraordinário, ora trazido a julgamento.

Quanto à existência de arguição de descumprimento de preceito fundamental sobre a matéria, não constitui isso impedimento ao julgamento deste recurso extraordinário. Já a reunião dos feitos não se viabiliza, porquanto têm distintos relatores. Ademais, tenho que é de todo conveniente ultimar o julgamento deste recurso extraordinário, com fundamento na garantia de razoável duração do processo, tendo em conta que já aguarda solução há vários anos.

Sendo assim, passo à questão de fundo.

3. A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão no art. 5º, XIII, ressalvando apenas a necessidade de atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Tal garantia implica, a um só tempo, a possibilidade de escolha da atividade profissional e a proibição de restrição senão por lei e para a definição das qualificações indispensáveis ao seu exercício.

4. Trata-se, efetivamente, de um dos tantos aspectos em que se desdobra a liberdade da pessoa humana, constituindo instrumento para desenvolvimento da sua personalidade. Pela escolha e exercício do trabalho, o homem conforma a sua identidade, gera riqueza, assegura a sua subsistência, cumpre função social. Para Celso Ribeiro Bastos, em seus *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, escritos em coautoria com Ives Gandra da

Silva Martins, "A escolha do trabalho é pois uma das expressões fundamentais da liberdade humana".

5. O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1967* – que também assegurava a liberdade de exercício profissional –, lembra que esta "significou, de início, exclusão do privilégio de profissão, das corporações de ofício".

É que as exigências de cunho formal não podem servir a um grupo, não podem se prestar à reserva de mercado, só se justificando a imposição de inscrição em conselho de fiscalização profissional, mediante a comprovação da realização de formação específica e especializada, nos casos em que a atividade, por suas características, demande conhecimentos aprofundados de caráter técnico ou científico, envolvendo algum risco social.

Isso porque o valor fundamental é a liberdade. Toda e qualquer restrição deve decorrer, necessariamente, de uma imposição necessária à proteção do interesse coletivo. Trata-se, no ponto, do imperativo da mínima intervenção.

Jorge Miranda, em seu *Manual de direito constitucional* (Tomo IV, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 282), destaca que, na Constituição portuguesa, chega a estar expresso que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18º, n. 2, 2ª parte)".

Esse expediente se impõe em qualquer Estado de Direito Democrático, servindo a razoabilidade e a proporcionalidade como critérios para a análise da validade de eventuais restrições aos direitos fundamentais.

6. Há atividades cujo mau exercício pode implicar sério dano, por exemplo, à saúde, à segurança, ao patrimônio ou mesmo à formação intelectual das pessoas.

Daí a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem curso superior como requisito para o exercício das suas atividades. Exige-se o registro do diploma e, na maioria dos casos, também o registro profissional perante o conselho criado para a fiscalização da atividade. Também é indubitavelmente legítima a exigência de habilitação específica para outras atividades profissionais em que a imperícia implicaria risco grave, como a de motorista.

7. No que diz respeito à música, o bem comum prescinde do estabelecimento de quaisquer requisitos para a sua prática.

Vale retomar o que os músicos impetrantes do mandado de segurança que deu origem a este recurso extraordinário ressaltaram na inicial:

> (...) a música agrada pela melodia (...) sons que tocam os sentimentos, e não somente pela técnica. Uma música pode ser tecnicamente muito boa, mas não

agradar ao público. Ao mesmo tempo em que pode ser tecnicamente fraca, mas agradar pela melodia, pela letra, por uma série de outros critérios.

O dia a dia mostra que músicas maravilhosas podem ser tocadas com metais, latas, pedaços de madeira, diversos objetos sem que para isso seja necessário qualquer conhecimento técnico.

A música transcende a teoria, é muito mais que isso, é a expressão da natureza, dos sentimentos, da alma. A verdadeira música não se aprende e não se ensina, a verdadeira música se sente, é absorvida e exteriorizada pelo coração.

Na prática da música, inexiste qualquer risco de dano social, razão pela qual não há que se admitir o estabelecimento de condições à sua manifestação, mesmo a título profissional: a liberdade deve prevalecer.

8. Exigir do músico inscrição em conselho para o exercício da sua atividade equivaleria a exigir do escritor o mesmo, ou do jornalista. Para exercer atividade de músico, para escrever e publicar romances, contos ou poemas, para noticiar e comentar acontecimentos da vida individual e social, não há que se exigir qualificação específica nem requisito formal.

Trata-se de atividades estritamente vinculadas à própria liberdade de expressão, protegida e assegurada por diversos dispositivos constitucionais, entre os quais os arts. 5º, IX, e 220 da Constituição: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Vale rememorar, por pertinente e aplicável ao caso, o que se decidiu no julgamento do RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, muito bem sintetizado na ementa:

Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, caput e § 1º). Não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972, de 1969.

(...)

4. Âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII*, da Constituição). Identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas. Reserva legal qualificada. Proporcionalidade.* A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Rp 930, rel. p/ o ac. min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. *Jornalismo e liberdades de expressão e de informação. Intepretação do art. 5º, XIII, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição.* O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. *Diploma de curso superior como exigência para o exercício da profissão de jornalista. Restrição inconstitucional às liberdades de expressão e de informação.* As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130, rel. min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. *Profissão de jornalista. Acesso e exercício. Controle estatal vedado pela ordem constitucional. Proibição constitucional quanto à criação de ordens ou conselhos de fiscalização profissional.* No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Rp 930, rel. p/ o ac. min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977.

8. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posição da Organização dos Estados Americanos (OEA).* A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana

de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso *La colegiación obligatoria de periodistas* – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (*Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, de 25 de fevereiro de 2009).

Recursos extraordinários conhecidos e providos.

9. Por todo o exposto, entendo que o acórdão recorrido não infringiu os dispositivos constitucionais apontados, antes os aplicou. Desse modo, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Acompanho integralmente o voto da ministra Ellen Gracie, na forma também do parecer exaustivo do Ministério Público exarado e subscrito pela eminente procuradora Sandra Cureau aqui presente.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, acompanho integralmente o belo voto da ministra Ellen Gracie, acrescentando que o art. 215 da Constituição garante a todos os brasileiros o acesso aos bens da cultura. E as manifestações artísticas, inegavelmente, integram esse universo.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, a Constituição, no inciso IX do art. 5º, deixa claro:

> Art. 5º (...)
> (...)
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

E, no caso da música, sem dúvida de que estamos diante de arte pura, talvez a mais sublime de todas as artes.

Tenho para mim que a exigência dessa inscrição num instituto, numa autarquia reguladora da chamada "profissão de músico", implica um cerceamento dessa criação, dessa liberdade de criação que deve ser protegida pelo direito, como de fato é protegida pela Constituição. Também sou contra esse tipo de cerceamento, ainda que oblíquo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Britto, Vossa Excelência me permite um aparte? Vossa Excelência é um conhecido e bem dotado poeta. Já imaginou se houvesse uma ordem brasileira dos poetas e Vossa Excelência só pudesse exercer o seu mister se pagasse uma taxa?

O sr. ministro Ayres Britto: Ou dos pintores ou dos escultores.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Poetas, pintores, escritores.

O sr. ministro Ayres Britto: Esse cerceamento, ainda que oblíquo, parece-me contraindicado e rechaçado, até veementemente, pela Constituição Federal.

Acompanho o belo voto da eminente relatora.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, no voto que eu havia preparado, invoco os fundamentos que expendi em torno da questão, hoje bastante controvertida, da liberdade de profissão dos jornalistas, mostrando que este Tribunal talvez tenha tido poucas oportunidades de se manifestar sobre essa temática que, hoje, é a da aplicação do art. 5º, XIII.

O ministro Britto chama atenção, também, para a discussão sobre a liberdade de expressão da atividade artística na espécie. Mas eu lembro que, talvez, o julgamento fundante, entre nós, da doutrina da proporcionalidade – Rp 930, salvo engano, da relatoria do ministro Rodrigues Alckmin – já invocava a ideia de que, aqui, estamos diante – no inciso XIII e na norma que a precedera – de uma reserva legal qualificada: exige-se que a intervenção do Estado somente se dê quando, de fato, se impuser algum tipo de tutela.

No caso, salvo engano, discutia-se a regulamentação da profissão de corretor de imóvel e dizia-se que, por mais que seja, como qualquer outra, uma profissão relevante, não se configura uma situação tal de risco para a coletividade que justifique a tutela ou a intervenção estatal. Isso corresponde até mesmo a uma jurisprudência já antiga do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O sr. ministro Celso de Mello: **A jurisprudência** que se consolidou no Supremo Tribunal Federal, **sob a égide** da Constituição republicana de 1891, **deixava claro** *que não era absoluto* o poder investido no Estado **para regular** o exercício de atividade profissional.

Na realidade, esta Suprema Corte **afirmou**, *de modo enfático*, que a regulação normativa **só poderia incidir** sobre profissões cujo exercício **importasse** *em dano efetivo* **ou** *em risco potencial* para a vida, a liberdade, a saúde **ou** a segurança das pessoas em geral.

Isso significava, *como ainda significa*, que ofícios **e** profissões, *não obstante o seu relevo*, cuja prática se mostrasse despojada *de qualquer* potencialidade lesiva aos valores e bens jurídicos que venho de mencionar, **não se revelavam suscetíveis** de disciplinação normativa, **pois inexistente**, *em tal hipótese*, qualquer motivo – **ditado** por razão fundada no interesse coletivo – *apto a justificar* a intervenção regulamentadora do Estado.

É preciso deixar claro, senhor presidente, *que regulamentar uma profissão* **significa** *restringir-lhe o exercício*, **o que somente** se legitimará, **examinado**

esse tema *sob perspectiva constitucional*, **se** a prática *de determinado* ofício **configurar** *situação de risco para a coletividade*.

Vê-se, *daí*, **a excepcionalidade** de que se reveste a intervenção normativa do Estado **em matéria** *de regulamentação profissional*.

No caso ora em exame, a situação se torna *ainda mais grave* **porque** o diploma legislativo em questão, em cláusula normativa *manifestamente* colidente com o texto constitucional, **inibiu**, *de maneira indevida*, **o exercício** da atividade de músico, **impondo-lhe** exigência burocrática *em tudo incompatível* com a liberdade fundamental **assegurada** pelo art. 5º, IX, da Constituição, **que proclama** *ser livre* a expressão da atividade artística!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Daqui a pouco teremos um concurso para músico e a seleção entre o bom e o mau músico a partir de critérios estatais.

O sr. ministro Celso de Mello: É o que ocorrerá **se** o Congresso Nacional *não tiver percepção* de que *não* é **qualquer** profissão que se expõe à possibilidade constitucional de intervenção normativa do Estado, **para efeito** *de regulamentação profissional*.

O sr. ministro Ayres Britto: O ministro Peluso falou na hipótese – que seria absurda – de um pintor ter que preencher qualificações profissionais para exercer a sua arte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ter de se inscrever na Ordem Nacional dos Pintores!

O sr. ministro Ayres Britto: Que qualificações profissionais são exigidas para a manifestação do talento artístico?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Imagine se tivesse um novo Picasso no Brasil! Provavelmente nem passaria!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O interessante é que uma das características dos regimes totalitários é exatamente essa: ele imiscui-se na produção artística. Quem não se lembra do realismo soviético, em que se bania a arte abstrata e outras manifestações?

O sr. ministro Celso de Mello: A **excessiva** intervenção do Estado **no âmbito** das atividades profissionais, **notadamente** daquelas de natureza intelectual e artística, **além do perigo** que essa intrusão governamental *significa* para as liberdades do pensamento, **também pode** constituir *indício revelador de preocupante tendência autocrática* **em curso** no interior *do próprio* aparelho estatal...

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, impressionou-me, num primeiro olhar, a segunda parte da nomenclatura do recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina. Isso porque sabemos que existem, no cenário jurídico, autarquias corporativistas criadas por lei, com a previsão de recolhimento pelos filiados para alcançarem o exercício profissional. Mas não é o

caso da Ordem dos Músicos do Brasil. Não há notícia de norma criando a Ordem como um verdadeiro conselho e, muito menos, prevendo a necessidade de aqueles que estejam compreendidos pela atuação musicista virem a se filiar e a contribuírem para esse mesmo conselho. Se houvesse, existiria situação jurídica como é a dos conselhos em geral – Conselho de Medicina, Conselho de Engenharia, Conselho dos Representantes Comerciais e até da Ordem dos Advogados do Brasil –, estando, portanto, a situação concreta enquadrada no parágrafo único do art. 170 da Constituição, ao revelar que é assegurado – e realmente é – a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, se tem a ressalva: "salvo nos casos previstos em lei".

Acompanho a relatora, desprovendo o recurso, consignando que há talentos não despertados.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: A **vigente** Constituição da República, **observando** tradição inaugurada com a Carta Política do Império do Brasil (art. 179, n. 24), **que foi reafirmada** pelos sucessivos estatutos constitucionais (**CF/1891**, art. 72, § 24; **CF/1934**, art. 113, n. 13; **CF/1937**, art. 122, n. 8; **CF/1946**, art. 141, § 14; **CF/1967**, art. 150, § 23; **CF/1969**, art. 153, § 23), **proclama e assegura** *a liberdade de profissão*, **dispondo**, em seu art. 5º, XIII, **ser** "***livre*** *o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".

Tratando-se de norma revestida de eficácia contida (*ou restringível*), **mostra-se constitucionalmente lícito**, ao Estado, **impor** exigências, que, **veiculando** requisitos **mínimos** de capacidade **e estabelecendo** o atendimento **de certas** qualificações profissionais, **condicionem** *o regular exercício* de determinado trabalho, ofício **ou** profissão.

Essa competência constitucional, *no entanto*, **não confere** ao Estado poder absoluto **para legislar** sobre o exercício *de qualquer* atividade profissional, **pois essa especial prerrogativa** de ordem jurídico-institucional *só se legitima* **quando** o poder público, **ao regulamentar** o desempenho **de certa** atividade profissional, **toma em consideração** parâmetros **fundados** em razões de interesse público, **como aquelas** que concernem à segurança, à proteção **e** à saúde das pessoas em geral.

Vê-se, *portanto*, **que apenas razões** de interesse público **podem** legitimar a regulação normativa, **por parte** do Estado, *de qualquer* ofício, trabalho ou profissão.

Isso significa que, *se é certo* que o cidadão é livre para escolher *qualquer* profissão, *não é menos exato* que essa escolha individual, *para concretizar-se*, **deve observar** as condições de capacidade técnica **e** os requisitos de qualificação profissional **ditados** por exigências **que objetivem** atender **e** proteger *o interesse geral da coletividade*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não deixo de reconhecer – e chamou-me a atenção o ministro Gilmar Mendes – que a Ordem dos Músicos foi criada por lei, que não previu a obrigatoriedade de filiação nem tampouco o ônus para os musicistas. Presidente, tenho presente uma lição doutrinária, citada no parecer da Procuradoria, em que o autor apontou que não há liberdade de atividade profissional absoluta. O doutrinador é o ministro José Celso de Mello Filho.

O sr. ministro Celso de Mello: *Na realidade*, **a regulação normativa** em torno da liberdade profissional **está sujeita** à estrita observância, pelo Congresso Nacional, **de determinados** parâmetros *que devem conformar* a ação legislativa da União Federal: (**a**) **necessidade** *de grau elevado* de conhecimento técnico ou científico para o desempenho da profissão **e** (**b**) **existência** de risco potencial **ou** de dano efetivo *como ocorrências que podem resultar* do exercício profissional.

O sr. ministro Ayres Britto: Ou mesmo inibir, a atividade artística é uma atividade eminentemente livre. Aliás, a Constituição, para a atividade artística, nem falou de ofício, nem falou de trabalho, nem falou de profissão, falou de atividade.

O sr. ministro Celso de Mello: **Torna-se evidente**, pois, *que não é qualquer* atividade profissional *que poderá* ser validamente submetida a restrições **impostas** pelo Estado, **eis que profissões**, empregos **ou** ofícios cujo exercício **não faça instaurar** situações **impregnadas** *de potencialidade lesiva* constituem atividades **insuscetíveis** de regulação normativa por parte do poder público, **porque desnecessário**, *quanto a tais profissões*, **o atendimento** de requisitos mínimos **de caráter** técnico-científico **ou** de determinadas condições de capacidade.

O sr. ministro Luiz Fux: No voto que conduziu a esse resultado, também há uma explanação muito exaustiva de Pontes de Miranda sobre todas as Constituições e essa liberdade de profissão; há pessoas que são artistas e ao mesmo tempo têm uma profissão regulamentada, como, por exemplo, as filhas do ministro Ayres Britto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sem falarmos no próprio, que é um musicista.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Celso de Mello: *Como se vê*, **resulta claro** que a regulamentação, *por lei*, de atividades profissionais **implica**, *sempre*, **o estabelecimento** de restrições normativas **que interferem** *no plano da liberdade de ofício* **ou** *de profissão*. É por tal motivo que a intervenção normativa do Estado **na esfera** da liberdade profissional *somente se legitima* **quando presentes** razões impostas **pela necessidade social** de preservação **e** proteção do interesse público, **sob pena** de essa atividade do Congresso Nacional configurar *abuso do poder de legislar*, **que tem por consequência** o reconhecimento da inconstitucionalidade do próprio diploma legislativo.

Vale rememorar, *no ponto*, **no sentido** que venho de expor, **julgado** do Supremo Tribunal Federal **que reputou incompatível**, *com o texto da Constituição*, **a edição** de diploma legislativo **que restringia**, *de modo indevido*, **a liberdade constitucional** de profissão: "*(...)* É inconstitucional *a lei* ***que atenta***

contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, ***regulamentando e****, consequentemente,* ***restringindo*** *o exercício de profissão* ***que não pressupõe*** *condições de capacidade*" (**RTJ 89/367**, rel. p/ o ac. min. DÉCIO MIRANDA – **Grifei**).

Impende advertir, *neste ponto*, **que o poder público**, *especialmente* em sede de legislação **restritiva** de direitos e liberdades, *não pode agir imoderadamente*, **pois** a atividade estatal 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**, **LIV**, 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.

A validade das manifestações do Estado, **analisadas** estas em função de seu conteúdo intrínseco – **especialmente** naquelas hipóteses *de imposições restritivas ou supressivas* incidentes sobre determinados valores básicos (**como** a liberdade) –, **passa a depender**, **essencialmente**, **da observância** de determinados requisitos que atuam como expressivas **limitações materiais** à ação normativa do Poder Legislativo, **como enfatiza**, *de maneira bastante clara*, **o magistério da doutrina** (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).

Isso significa, *portanto*, *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.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO (**RDP** 100/11-12), que, **ao relembrar** a lição pioneira de SANTI ROMANO, **destaca** que a figura do *desvio de poder legislativo* **impõe** o reconhecimento de que a atividade legislativa **deve desenvolver-se** em **estrita** relação de harmonia com padrões de razoabilidade.

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias **e** liberdades, **ao inibir** os efeitos prejudiciais decorrentes *do abuso de poder legislativo*, **enfatiza** a noção de que **a prerrogativa de legislar** outorgada ao Estado **constitui** atribuição jurídica **essencialmente** limitada, **ainda** que o momento **de abstrata** instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, **como esta Corte** tem reiteradamente proclamado (**RTJ 176/578-579**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Na realidade, **e tal como foi destacado** em importante precedente **firmado** pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 58/279-283**, rel. min. THOMPSON FLORES), **mesmo** nos casos em que se estabeleçam condições de capacidade para o desempenho de atividade profissional, **a estipulação normativa** de tais requisitos **não pode revelar-se** arbitrária **nem** discriminatória, **sob pena** *de injusta frustração* da liberdade de exercício de ofício, profissão ou emprego.

Daí a advertência de SAMPAIO DÓRIA ("**Comentários à Constituição de 1946**", vol. 4/637, 1960, Max Limonad) **sobre os limites constitucionais** que incidem sobre o poder normativo do Estado **em tema** de liberdade profissional:

> ***A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem todas*** *as profissões* ***exigem*** *condições legais de exercício.* ***Outras****, ao contrário,* ***o exigem****.* ***A defesa social decide****.*
>
> ***Profissões há que, mesmo exercidas*** *por ineptos,* ***jamais prejudicam*** *diretamente direito de terceiro, como a de lavrador.* ***Se carece de técnica****, só a si mesmo se prejudica.*
>
> ***Outras profissões há****, porém,* ***cujo exercício*** *por quem não tenha capacidade técnica,* ***como*** *a de condutor de automóveis, pilotos de navios ou aviões,* ***prejudica diretamente direito alheio****. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos.*
>
> ***Daí, em defesa social, exigir a lei*** *condições de capacidade técnica para as profissões* ***cujo exercício possa prejudicar*** *diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.* [**Grifei**.]

É importante salientar, *bem por isso*, que esse entendimento *já fora anteriormente manifestado*, **sob a égide** da Carta Imperial de 1824, por JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, *Marquês de São Vicente* ("**Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**", p. 391, itens ns. 550 e 551, 1978, Senado Federal/Editora UnB), **em passagem** na qual discorreu *sobre a liberdade de escolha* **e** *de exercício de trabalho, indústria ou profissão*, **havendo expendido**, *então*, **as seguintes** (*e pertinentes*) **considerações**:

> ***A livre escolha e exercício*** *do trabalho, indústria ou profissão,* ***sua livre mudança, ou substituição****, a espontânea ocupação das faculdades do homem,* ***tem por base não só*** *o seu direito de liberdade,* ***mas também*** *o de sua propriedade.*
>
> (...)
>
> ***Ele é o senhor exclusivo delas****, assim como dos seus capitais que o trabalho anterior tem produzido e economizado; tem pois o livre arbítrio, o direito incontestável de empregar estas forças e recursos como julgar melhor, segundo sua inclinação ou aptidão.* ***Impedir*** *o livre uso desse direito, sua escolha espontânea* ***ou querer forçá-lo*** *a alguma ocupação industrial determinada,* ***seria violar*** *a mais sagrada das propriedades, o domínio de si próprio.*
>
> (...)
>
> ***As únicas restrições*** *que o nosso artigo constitucional* ***estabelece são que o trabalho*** *ou indústria* ***não se oponha*** *aos costumes públicos,* ***ou*** *à segurança* ***ou*** *saúde dos cidadãos (...).* **[Grifei.]**

Torna-se possível extrair, *dos precedente*s **e** *lições doutrinárias* anteriormente referidos, **a constatação**, *tantas vezes destacada e reafirmada* pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos **proferidos** *sob a égide* da Constituição de 1891 (art. 72, § 24), de que "***A liberdade profissional, garantida*** *pela Constituição Federal,* ***de nenhum modo significa*** *que o nacional* ***e*** *o estrangeiro* ***possam exercer*** *profissões liberais* ***para as quais não estejam habilitados*** *de acordo com o que estatuir a lei ordinária*" (**HC 3.347/MG**, rel. min. ENÉAS GALVÃO – **Grifei**).

É que, **segundo** sempre acentuou **esta** própria Suprema Corte, **traduziria** verdadeiro contrassenso "*reputar inconstitucionais os atos do poder público* ***tendentes a conciliar*** *o interesse do profissional* ***com*** *o da sociedade,* ***protegendo****, eficazmente,* ***a vida, a saúde e a propriedade*** *dos habitantes do País*" (**HC** 3.347/MG – **Grifei**).

Note-se, *portanto*, **que o Estado** *só pode regulamentar* (**e**, *em consequência*, **restringir**) **o exercício** de atividade profissional, **fixando-lhe** requisitos **mínimos** de capacidade **e** de qualificação, **se o desempenho** *de determinada* profissão **importar** *em dano efetivo* **ou** *em risco potencial* para a vida, a saúde, a propriedade **ou** a segurança das pessoas em geral (IVES GANDRA MARTINS/CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), **a significar**, *desse modo*, que ofícios **ou** profissões cuja prática *não se revista* **de potencialidade lesiva** ao interesse coletivo **mostrar-se-ão** *insuscetíveis* **de qualquer** disciplinação normativa.

Também se revela incompatível com o texto da Constituição – **sob pena** de reeditar-se **a prática medieval** *das corporações de ofício*, **abolidas** pela Carta Imperial de 1824 (art. 179, XXV) – *a exigência* de que alguém, **para desempenhar**, *validamente*, atividade profissional, **tenha que se inscrever** em associação **ou** em sindicato **para poder exercer**, *sem qualquer restrição legal*, determinada profissão.

Se se revisitar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **firmada** *já sob a égide* da Constituição de 1891, **constatar-se-á** que, *embora possível* a

regulamentação profissional, **não pode** o legislador, *contudo*, discipliná-la **com apoio** *em critérios arbitrários*, **destituídos** de razoabilidade **e evidenciadores**, *por isso mesmo*, de transgressão ao postulado do livre exercício de profissão ou ofício.

Expressivo dessa orientação é o julgamento que esta Corte **proferiu na Rp 930/DF**, rel. p/ o ac. min. RODRIGUES ALCKMIN, **em decisão assim ementada**:

> ***Lei** 4.116, de 27-8-1962 – **Inconstitucionalidade**. **Exercício livre** de qualquer trabalho, ofício ou profissão (**CF**, art. 153, § 23).*
> É inconstitucional *a lei **que atenta** contra a liberdade **consagrada** na Constituição Federal, **regulamentando e consequentemente restringindo** exercício de profissão **que não pressupõe** "condições de capacidade".*
> ***Representação procedente** "in totum".* [**Grifei**.]

Extremamente significativo, *por sua densidade* **e** *fundamentação*, *o voto então proferido* pelo saudoso ministro RODRIGUES ALCKMIN, **de que extraio** *o seguinte fragmento*:

> ***Assegura a Constituição**, portanto, **a liberdade do exercício de profissão**.*
> ***Essa liberdade**, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.*
> ***Tanto assim é** que a cláusula final ("observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer") já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.*
> ***Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições** que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.*
> ***Que adiantaria afirmar "livre" o exercício de qualquer profissão, **se a lei ordinária tivesse o poder** de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?*
> *(...)*
> ***E ainda que**, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade.*
> *(...)*
> ***Quais os limites que se justificam**, nas restrições ao exercício de profissão?*
> ***Primeiro**, **os limites decorrentes** da exigência de capacidade técnica. (...).*
> *(...)*
> *(...) **São legítimas**, consequentemente, **as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica**, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. (...).*
> *(...)*
> ***Tais condições** (de capacidade técnica, moral, física, ou outras) **hão de ser sempre exigidas** pelo interesse público, **jamais pelos interesses** de grupos profissionais ou de determinados indivíduos. (...).*

(...)

***No Brasil**, a Constituição do Império, **depois de assegurar** a liberdade de trabalho "**que não se oponha** aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos", **declarou abolidas** "as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres". E o princípio constitucional assegurador da liberdade do exercício de profissão foi mantido nas Constituições de 1891, de 1934, de 1946. (...).*

(...)

***O direito constitucional brasileiro**, portanto, **assegura a liberdade do exercício profissional**, com o que exclui a existência de corporações monopolísticas ou de outorga de privilégios a sociedades ou grupos. Permite que se condicione o exercício profissional ao preenchimento de requisitos de capacidade (...), requisitos ditados pelo interesse público, unicamente. (...).*

(...)

Do exposto se pode concluir:

***a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão**. O legislador ordinário **não pode** nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (...). **Pode somente limitar ou disciplinar** esse exercício **pela exigência** de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.*

***b) Ainda no tocante** a essas condições de capacidade, **não as pode estabelecer** o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, **sem atender ao critério da razoabilidade**, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.*

***c) A liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício**, que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades. Se não se impede a associação para defesa dos interesses dos grupos profissionais, a ninguém se pode exigir que ingresse em associação ou que se faça registrar em sindicato para poder exercer a profissão (...).* [**Grifei**.]

Essa **mesma** diretriz **foi reafirmada**, *já agora sob a vigente Constituição*, **no julgamento plenário do RE** 511.961/SP, rel. min. GILMAR MENDES, **em decisão** que restou consubstanciada, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

*(...) **A Constituição de 1988**, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), **segue um modelo de reserva legal qualificada** presente nas Constituições anteriores, **as quais prescreviam** à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. **No âmbito do modelo de reserva legal qualificada** presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, **paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas**, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. (...). **A reserva legal** estabelecida pelo art. 5º, XIII, **não confere** ao legislador **o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.***

(...)

*(...) **A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação** por parte dos jornalistas. **Fora desse quadro**, **há patente inconstitucionalidade da lei** (...).* [**Grifei**.]

Resulta claro, *pois*, **da jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **consolidou** *em tema de liberdade constitucional de profissão, emprego* **ou** *ofício*, **que** "***Há profissões*** *cujo exercício diz, diretamente, com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade*. ***Fora deste terreno****, não podemos admitir exceções,* ***porque estaríamos mutilando*** *o regime democrático da Constituição (...), dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter*", **tal como assinalou** JOSÉ DUARTE em preciso magistério sobre tão relevante direito fundamental ("**A Constituição brasileira de 1946**", vol. 3/33-34, 1947, Imprensa Nacional).

Há, *ainda*, **a desautorizar** a pretensão do Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil (Seção de Santa Catarina), **outra razão** *de ordem igualmente constitucional*.

Refiro-me ao fato **de que a exigência** de inscrição, **nos quadros** da Ordem dos Músicos do Brasil, **para efeito** de exercício da atividade profissional de músico, **conflita**, *de modo ostensivo*, **com a prerrogativa constitucional** que assegura, *a qualquer pessoa*, **o livre** exercício da atividade artística, **independentemente** *de qualquer* controle estatal.

Com efeito, a Constituição da República **proclama**, *de maneira enfática*, **ser** "*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*" (**CF**, art. 5º, IX).

A liberdade de expressão artística *não se sujeita* a controles estatais, **pois** o espírito humano, *que há de ser permanentemente livre*, **não pode** expor-se, no processo de criação, a mecanismos burocráticos **que imprimam** restrições administrativas, **que estabeleçam** limitações ideológicas **ou que imponham** condicionamentos estéticos à exteriorização dos sentimentos que se produzem nas profundezas mais recônditas da alma de seu criador.

Daí a observação do notável ensaísta e escritor mexicano OCTAVIO PAZ ("**O Arco e a Lira**") **no sentido** de que *nada se revela mais nocivo e estéril* do que a intervenção do Estado **nos domínios** da cultura, da arte **e** do pensamento, **que representam** *expressões fundamentais* da própria liberdade humana.

Isso significa, no contexto de nosso sistema normativo, **que não se mostra** *constitucionalmente aceitável* **nem se revela** *juridicamente compatível* com o modelo consagrado em nosso estatuto fundamental **a imposição**, *pelo poder público*, **de indevidas** restrições ao processo de exteriorização das obras artísticas.

Examinada a questão *sob tal perspectiva* (**que revela** a existência de permanente estado de tensão dialética **entre** o exercício do poder **e** a prática da liberdade artística), **mostra-se** *de inteira procedência* a afirmação de BRUNO MONTEIRO DE CASTRO AMARAL ("**A inexigibilidade de filiação dos músicos à Ordem dos Músicos do Brasil e a ilegalidade da nota contratual instituída pela Portaria n. 3.347/1986 do MTPS**", "*in*" Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª Quinzena de Janeiro de 2010, vol. I/36-35):

A Constituição ***consagra****, entre os direitos e garantias fundamentais,* ***a liberdade de manifestação artística****: "****Art. 5º****, (...)* ***IX –*** é livre ***a expressão da*** *atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)".*

Mais adiante*, a Carta* ***consagra*** *a liberdade de exercício profissional* ***nos seguintes termos****: "****Art. 5º*** *(...)* ***XIII*** *– é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)".*

Por óbvio*, o exercício de atividade artística* ***não pode estar sujeito*** *a qualquer espécie de qualificação profissional estabelecida em lei.* ***A arte****, como atividade de criação,* ***independe*** *de prévios conhecimentos técnicos.* É perfeitamente plausível *que alguém que jamais tenha se submetido a qualquer espécie de curso ou treinamento* ***transforme-se****, por talento e dedicação próprios,* ***em um grande artista*** *– pintor, escultor, ator, músico. O Brasil é exemplo vivo desta realidade: grandes nomes da MPB jamais frequentaram cursos e tiveram nenhuma ou pouquíssimas noções de teoria musical, embora não se questione a qualidade e a aceitação daquilo que produzem.*

Então*,* ***se a atividade artística prescinde de qualificação técnica*** – não apenas pelo fato de o talento e a dedicação suprirem os estudos, ***mas****, sobretudo,* ***porque o exercício*** *desta atividade* ***não gera qualquer risco de dano*** *a terceiros (****ao contrário*** *de áreas como medicina, advocacia, engenharia, etc.) –,* ***a única justificativa*** *para a existência da obrigatoriedade de vinculação a um conselho profissional* ***seria o repudiável*** *exercício da censura: uma vez negada a "licença", o artista encontrar-se-ia* ***impedido*** *de exercer seu ofício.* ***Realmente****, esta foi uma* ***prática comum*** *nos tempos de Ditadura (...).* ***Mas não tem cabimento*** *na atual ordem imposta pela Carta de 1988,* ***que é clara*** *ao permitir o exercício da atividade artística "independentemente de censura ou licença".*

Portanto*, resta evidente, a Constituição de 1988* ***não recepcionou*** *a Lei n. 3.857/1960* ***na parte*** *em que esta* ***exige*** *prévia qualificação e inscrição no órgão profissional para o exercício da profissão.* ***Se é livre*** *a manifestação artística,* ***seria de todo descabido cogitar-se em habilitação e registro como condições*** *para o seu exercício.* [**Grifei**.]

Sendo assim, senhor presidente, **em face** das razões expostas, **e acompanhando**, *integralmente*, o douto voto **proferido** pela eminente ministra ELLEN GRACIE, relatora, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para negar-lhe** provimento.

É o meu voto.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, este caso está assentando a não recepção da lei?

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Estou negando provimento ao recurso extraordinário proposto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O mandado de segurança foi concedido para permitir o livre exercício.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É porque tem a lei que, embora sucinta, dispõe sobre a matéria, a Lei 3.857/1960, que é objeto, salvo engano, também dessa ADPF 183, da relatoria do ministro Ayres Britto, que diz:

> Art. 1º Fica criada a Ordem dos Músicos do Brasil com a finalidade de exercer, em todo o país (...).

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental é mais ampla e cuida, inclusive, da legitimidade da criação da Ordem dos Músicos do Brasil.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nesse caso, o magistrado desobrigou o impetrante de se filiar ou de se inscrever na Ordem.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também acompanho a unanimidade dos votos até agora proferidos. Gostaria apenas de fazer duas observações: a primeira é que me reporto fundamentalmente às razões que adiantei no julgamento do caso da exigência de diploma de jornalista, onde acentuei que só se justifica a intervenção do Estado para restringir ou condicionar o exercício de profissão, quando haja algum risco à ordem pública, aos direitos individuais, etc., ou seja, quando o imponha interesse público. No caso, desafinar pode ser um dano, mas é juridicamente irrelevante...

E gostaria também de deixar consignado, aqui, um elogio ao magistrado de primeiro grau, Carlos Alberto da Costa Dias, que proferiu, em 14 de maio de 2001, a decisão, que é um primor. Todos os agudos argumentos relembrados nesta oportunidade já tinham sido avançados por esse magistrado, a ponto de o Tribunal Regional Federal da 4ª região ter confirmado a decisão numa só folha.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

PROPOSTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, só um segundo, porque alguns de nós, ou talvez todos, temos em nossos gabinetes agravos de instrumento ou recursos extraordinários nesta mesma matéria em que se cuida, especificamente, do caso concreto de não pagamento por força dessa determinação.

Sugeriria que, talvez, naquela esteira de delegações, como há matéria constitucional, pudéssemos decidir monocraticamente com base neste precedente.

EXTRATO DA ATA

RE 414.426/SC — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina (Advogados: Avani

Serafim de Santana e outros). Recorridos: Marco Aurélio de Oliveira Santos e outros (Advogado: Rafael Vicente Roglio de Oliveira).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, negou provimento ao recurso extraordinário. Autorizados os relatores a decidirem monocraticamente os casos idênticos. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente o ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 422.591 — RJ

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Recorrente: Município de Cabo Frio — Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recurso extraordinário – Ação direta de inconstitucionalidade de artigos de lei municipal – Normas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica – Comandos que, por serem dotados de abstração e não de efeitos concretos, permitem o questionamento por meio de uma demanda como a presente – Prorrogações que efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos – Ação corretamente julgada procedente – Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de dezembro de 2010 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: Município de Cabo Frio interpõe recurso extraordinário (fls. 82 a 115) contra acórdão proferido pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

> Representação por inconstitucionalidade. Violam os princípios da moralidade, da impessoabilidade da administração pública e da licitação de concessões do serviço público normas de legislação municipal que mantêm, por períodos de dez (10) e vinte e cinco (25) anos, e ainda, permitindo sua renovação por igual prazo, independentemente de novo certame público, as permissões e concessões já concedidas. [Fl. 65.]

Interpostos embargos de declaração (fls. 72 a 78), foram rejeitados (fls. 79/80).

Insurge-se, no apelo extremo, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade aos arts. 2º; 37, *caput*, e inciso XXI; 125, § 2º; e 175, da Constituição Federal, em razão de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade de normas legais de efeitos concretos, o que não pode ser admitido em ação de controle concentrado de constitucionalidade, como a presente, e, também, por não se revestirem das apontadas inconstitucionalidades as prorrogações em tela.

Depois de apresentadas as contrarrazões (fls. 121 a 131), o recurso não foi admitido na origem (fls. 133 a 135), tendo seguimento por força de decisão proferida pelo eminente ministro **Sepúlveda Pertence** (fl. 158), no agravo de instrumento então interposto.

O parecer da douta Procuradoria-Geral da República, subscrito pela ilustre subprocuradora-geral dra. **Sandra Cureau**, é pelo não provimento do recurso (fls. 164 a 168).

Por decisão unânime de seus membros, a Primeira Turma desta Corte afetou ao Plenário o julgamento do presente recurso (fl. 177).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 13-6-2002, conforme expresso na certidão de fl. 81, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na AI 664.567-QO/RS, Pleno, relator o ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 6-9-2007.

Quanto ao mais, tem-se que o Tribunal de origem julgou inconstitucionais dispositivos de lei do Município recorrente, por afronta a normas da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o que é plenamente possível, ainda que essas reproduzam, em essência, normas da Constituição Federal.

Trata-se de matéria de há muito pacificada no âmbito desta Corte, citando-se o seguinte precedente, para exemplificar:

> *Competência – Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal contestada em face da Carta do Estado, no que repete preceito da Constituição Federal.* O § 2º do art. 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Rcl 383/SP e Rcl 425-AgR, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos *Diários de Justiça* de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente. *Servidor público – Estabilidade versus efetivação.* A regra do art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, a revelar direito dos servidores que, à época da promulgação da Carta, vinham prestando serviços há mais de cinco anos, diz respeito à estabilidade. A efetivação em cargo público não prescinde da aprovação em concurso. *Inconstitucionalidade de ato normativo – Controles difuso e concentrado de constitucionalidade – Comunicação à casa legislativa – Distinção.* A comunicação da pecha de inconstitucionalidade proclamada por Tribunal de Justiça pressupõe decisão definitiva preclusa na via recursal e julgamento considerado o controle de constitucionalidade difuso. Insubsistência constitucional de norma sobre

a obrigatoriedade da notícia, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade. [RE 199.293/SP, rel. min. **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, *DJ* de 6-8-2004.]

Em prosseguimento, há que se analisar a pertinência do processo de controle concentrado de constitucionalidade em face do fito perseguido pelo autor da demanda, uma vez que o recorrente assevera que as normas em tela, porque de efeitos concretos, não poderiam submeter-se a um tal tipo de controle.

Sem razão, contudo.

Conforme bem destacado no parecer apresentado nos autos pela Procuradoria-Geral da República, os referidos preceitos atacados por meio da presente ação não traduzem efeitos concretos, pois se referem a todas as permissões e concessões com prazo de vigência porventura em curso no aludido Município, dispondo, ainda, sobre posterior prorrogação de todas elas e por lapso temporal ainda mais elástico.

Além do precedente então transcrito (ADI 2.137-MC/RJ, rel. min. **Sepúlveda Pertence**), pode ser citada a ementa do seguinte julgamento, a corroborar o posicionamento ora esposado:

*Ação de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Constituição do Estado do Paraná, § 3º do art. 146. Dispositivo que assegura, às empresas que já prestaram com tradição serviço de transporte coletivo de passageiros, por ato delegatório de qualquer natureza, expedido pelo Estado do Paraná, e com prazo de vigência vencido ou por vencer, "o direito de dar continuidade aos mesmos serviços que vinham prestando, mediante prorrogações ou renova*ções *das respectivas delegações", observados os incisos do § 1º do mesmo art. 146. Hipótese em que se encontra satisfeito o requisito da relevância dos fundamentos do pedido. Está, também, caracterizada a inconveniência para o serviço público de se manter eficaz a norma impugnada. Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 146 da Constituição do Estado do Paraná.* [ADI 118-MC/PR, rel. p/ o ac. min. **Néri da Silveira**, Tribunal Pleno, *DJ* de 3-12-1993.]

E, cuidando especificamente de prorrogações de outorgas delegadas pelo poder público, transcreve-se a ementa do seguinte julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 42 e 43 da Lei Complementar 94/2002, do Estado do Paraná. Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de "serviços públicos delegados de infraestrutura". Manutenção de "outorgas vencidas e/ou com caráter precário" ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos arts. 37, inciso XXI; e 175, caput e parágrafo único, incisos I e IV, da Constituição do Brasil. 1. O art. 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O art. 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2008, de "outorgas vencidas, com caráter precário" ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a

> administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do art. 42 da Lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do art. 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo art. 175, *caput*, da CB/1988 – "[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o art. 43 da LC 94/2002 do Estado do Paraná. [ADI 3.521/PR, rel. min. **Eros Grau**, Tribunal Pleno, *DJ* de 16-3-2007.]

Não é demais ressaltar, ainda, no que tange à matéria de fundo em debate nestes autos, que esta Corte, em reiterados julgamentos, já externou seu entendimento de que a concessão de serviços de transporte coletivo de passageiros deve submeter-se, previamente, a processo de licitação, conforme se colhe dos seguintes julgados:

> Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal. [RE 140.989/RJ, rel. min. **Octavio Gallotti**, Primeira Turma, *DJ* de 27-8-1993.]

> Embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Exploração de transporte urbano. Concessão. Necessidade de prévia licitação. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [AI 637.782-ED/RJ, rel. min. **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, *DJE* de 21-11-2008.]

Nessa conformidade e uma vez reconhecido que as normas legais objeto da presente demanda, de fato, são dotadas de efeitos abstratos, a possibilitar o recurso a uma ação direta de inconstitucionalidade, como a presente, para controle concentrado de sua constitucionalidade, impõe-se o reconhecimento da adequação da via eleita para tanto.

E, por fim, mostrando-se inegavelmente inconstitucionais as referidas prorrogações de concessão e de permissão de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, porque violadoras dos princípios da moralidade e da legalidade, era mesmo de rigor a procedência da ação.

Incensurável, destarte, mostra-se a decisão regional que assim dispôs, a não merecer reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 422.591/RJ — Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Município de Cabo Frio (Advogado: Luiz Alberto Bettiol). Recorrido: Ministério Público do

Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente recurso extraordinário para o Tribunal Pleno. Unânime. Primeira Turma, 28-4-2009.

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 e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 — SC

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Recorrentes: Jailson Laurentino e outros — Recorrida: União

Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da lei.

1. A administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

2. Na hipótese de haver novas vagas prestes a serem preenchidas e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

3. Recurso extraordinário provido.

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 dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: Jailson Laurentino e outro interpõem recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, assim ementado:

> *Funcionalismo público. Justiça eleitoral. Cargo. Preenchimento. Concurso público. Candidatos aprovados. Direito subjetivo a nomeação. Inexistência. Prazo de validade do concurso. Não prorrogação. Ato discricionário da administração pública. Criação ulterior de novos cargos. Irrelevância. Mandado de segurança denegado. Recurso improvido. Votos vencidos.* Candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo a ser nomeado após a não prorrogação, pela administração pública, do prazo de validade, não obstante a criação ulterior de novos cargos. [Fl. 152.]

Sustentam os recorrentes violação dos arts. 84, inciso IV, e 96, inciso II, da Constituição Federal, tendo em vista que "foram claros em apontar direito adquirido à nomeação por conta da criação de cargos durante o prazo de validade do concurso, onde o TRE/SC preferiu não substituir servidores requisitados, deixar escoar o prazo de validade do concurso e veicular novo certame para preencher aqueles cargos criados" (fls. 245/246).

Acrescentam que "o TSE admitiu à fl. 162 que o prazo de validade do concurso expirou em 6 de maio de 2004, sendo que os novos cargos foram criados através da Lei n. 10.842, publicada na data de 20 de fevereiro de 2004" (fl. 246), e que "é fato jurídico incontroverso que os cargos foram criados durante o prazo de validade do concurso público, tornando insubsistente a afirmação presente no acórdão proferido pelo TSE de que teriam sido criados após a expiração daquele prazo (através da Resolução n. 21.832/2004 do TSE)" (fl. 246).

Apontam violação dos arts. 5º, inciso XXXVI, e 37, *caput*, da Constituição Federal, porquanto o item 1.3 do Edital 01, de 31 de outubro de 2001, "afasta qualquer discricionariedade por parte da Administração Pública acerca da conveniência e oportunidade das nomeações para preenchimento das vagas que surgissem, porque já decidiu as consequências e vantagens do concurso" (fl. 247).

Ademais, aduzem que "nas informações prestadas pela Autoridade Coatora, não houve qualquer indicação de que as vagas não poderiam ser preenchidas pela falta de previsão orçamentária – por sinal, tanto a Lei n. 10.842/04 quanto a própria Resolução TSE de n. 21.832/2004 afastam tal alegação, porque houve a autorização para o provimento de 41 (quarenta e um) cargos efetivos já no ano de 2004" (fl. 249).

Alegam que "a discricionariedade invocada pela Autoridade Coatora não foi com base em conveniência e oportunidade legítimas, mas sim para proteger no tempo as requisições então presentes; deve-se acrescentar que se tratou de verdadeiro desvio de finalidade em virtude da escassez de servidores públicos estáveis" (fl. 249).

Arrematam asseverando que, "se novas vagas foram criadas durante a validade do concurso (Lei n. 10.842/04) e a Autoridade Coatora não tratou de convocar os integrantes do cadastro reserva para preenchê-las, acabou infringindo os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito, da legalidade e da isonomia" (fl. 251).

Contra-arrazoado (fls. 263 a 276), o recurso extraordinário (fls. 229 a 257) foi admitido (fls. 278 a 280).

É o relatório.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Senhora presidente, vou apresentar aqui aos nobres colegas algumas considerações de ordem histórica.

O eminente ministro Sepúlveda Pertence era presidente do Tribunal Superior Eleitoral e insistiu, muito, junto ao Ministério do Planejamento, no ano de 2003, junto ao Congresso Nacional, junto à Presidência da República – à época, eu era subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil –, na aprovação desse projeto de lei, em razão das determinações do Tribunal de Contas da União para que se acabasse, na Justiça Eleitoral, com a figura do servidor requisitado. E, há anos e anos que o Tribunal de Contas da União determinava isso ao TSE, que, por sua vez, dependia do Congresso Nacional e, evidentemente, da possibilidade e previsão em lei orçamentária.

Pois bem, logrou o eminente ministro Sepúlveda Pertence, no projeto de lei, já antigo, que tramitava, o acordo do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, da Casa Civil da Presidência da República, junto com o Congresso Nacional, para criar essas vagas de maneira escalonada: tantas no ano de 2004, tantas no ano de 2005, tantas no ano de 2006. E assim foi aprovado, por necessidade e por expresso pedido do presidente da Superior Corte Eleitoral junto aos demais Poderes da República. Essa lei veio a ser sancionada em um momento em que ainda vigorava esse concurso; ainda havia o prazo de sua validade. Já se poderia, de imediato, ter ocupado aquele número de vagas que, para o ano de 2004, a lei previa para o Tribunal de Santa Catarina. Isso foi nacional, para os TREs de todo Brasil. Mas não se fez isso. Aguardou-se expirar o prazo de validade; não se prorrogou o concurso – que poderia ainda ser prorrogado –, de modo que se fizesse, posteriormente, novo concurso.

O sr. ministro Marco Aurélio: E o móvel?

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): O móvel foi a alegação de que isso era discricionário. Ora, como discricionário se o presidente do TSE tanto cobrou dos demais Poderes a aprovação da referida lei.

O sr. ministro Marco Aurélio: E que não interessaria dispensar os requisitados. Assim fiz ver no acórdão. Fui relator no Tribunal Superior Eleitoral, e o Regional apontou o interesse na permanência dos requisitados.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Isso ocorreu em vários TREs. A alegação, em geral, ministro Marco Aurélio – o adendo de Vossa Excelência, como também o testemunho de quem foi o relator no TSE –, é importante, porque, invariavelmente, os vários TREs não quiseram prorrogar concursos então vigentes em razão de estarem em ano eleitoral. Justificavam dizendo que não iriam prorrogar o concurso nem chamar os aprovados, que iriam deixar o concurso expirar porque os requisitados já possuíam experiências em eleições anteriores. Entenderam os TREs de não fazer essas nomeações.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Observo, desde logo, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 28-2-2007, conforme expresso na certidão de fl. 194, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão

geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na AI 664.567-QO/RS, Pleno, relator o ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 6-9-2007.

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual os impetrantes postulam que a autoridade dita coatora abstenha-se de realizar novo concurso público para preenchimento de vagas criadas pela Lei 10.842/2004 e que as vagas disponibilizadas para o ano de 2004 sejam preenchidas com o aproveitamento dos habilitados no concurso objeto do edital 01/2001, respeitada a ordem de classificação.

Funda-se a impetração na alegação de que a referida lei criou novas vagas "para o cargo no qual os impetrantes se classificaram no concurso público aberto anteriormente pelo TRE/SC" (fl. 5).

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina denegou a ordem. Segundo constou do acórdão então proferido, a "Lei n. 10.842, de 20-2-2004, criou, nos quadros de pessoal dos Tribunais Regionais Eleitorais, dois cargos efetivos para cada zona eleitoral, sendo um de analista judiciário e outro de técnico judiciário, além de uma função comissionada de chefe de cartório eleitoral, os quais deverão ser preenchidos gradualmente no exercício de 2004, 2005 e 2006, conforme instruções a serem baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 5º)" (fl. 104).

Prossegue, aquela decisão, afirmando que o Tribunal local, em abril de 2004, "publicou a Resolução n. 7.377, de 22-5-2004, manifestando-se pela não prorrogação do indigitado concurso, em virtude de diversas razões fáticas e jurídicas expressamente apontadas nesse ato normativo" (fls. 104/105) e que posteriormente, o TSE editou a Resolução 21.832, em julho de 2004, disciplinando o preenchimento das vagas abertas.

Finalmente, afirma o Tribunal local que, "demonstrado que a autoridade apontada como coatora não tinha a obrigação ou o dever de nomear os impetrantes para ocuparem as vagas criadas pela Lei n. 10.842/2004, não se verifica a prática de ato abusivo ou ilegal, tampouco a existência de direito líquido e certo a ser resguardado, pelo que a denegação da ordem é medida que se impõe" (fls. 108/109).

O Tribunal Superior Eleitoral manteve a decisão, ficando vencidos os ministros **Marco Aurélio**, relator originário, e **Gomes de Barros**, tendo sido o acórdão redigido pelo ministro **Cezar Peluso**.

Esclarecida a questão relativa à data da impetração, o ministro **Marco Aurélio** considerou que o "edital de concurso, em atendimento até mesmo à ordem natural das coisas, versou sobre o objeto do certame – preenchimento dos cargos existentes e daqueles que viessem a surgir no período de validade respectiva. Pois bem, de forma surpreendente o Tribunal Regional Eleitoral indeferiu a prorrogação do prazo de validade, acenando a seguir, com a realização de outro, visando ao preenchimento das vagas resultantes da Lei 10.842. Em relação a esta, sob o ângulo regulamentador nela previsto, veio o Tribunal Superior Eleitoral a editar a Resolução 21.832, *DJ* de 1º de julho de 2004" (fl. 156).

Prevaleceu, contudo, a douta maioria apoiada no voto condutor do ministro **Cezar Peluso**, que tomou por fundamento central o fato de que "não há direito subjetivo do concursado aprovado em concurso contra a discricionariedade da administração, prevista no art. 37, inciso III, da Constituição da República. Se a Constituição pretendesse que tal prazo não seria prorrogável, mas prorrogado, teria prescrito que o prazo de validade do concurso seria de quatro anos, pura e simplesmente. Se previu que é prorrogável, é porque atribuiu à administração pública a discricionariedade para decidir se deve, ou não, prolongá-lo diante das circunstâncias do caso" (fls. 162/163). E, ainda, acrescentou que "as vagas, de fato, só se caracterizaram após o termo final do prazo de validade do concurso, e a resolução foi baixada após o termo, portanto após a decisão do Tribunal" (fl. 163). Por fim, anotou que os impetrantes não teriam o direito subjetivo alegado, porquanto um deles foi aprovado em 23º lugar e outro em 33º, sendo certo que havia outros candidatos mais bem colocados do que eles.

Seguiram-se embargos de declaração, que foram rejeitados.

Assim postos os fatos em discussão nestes autos, parece-me que os impetrantes possuem o direito subjetivo cujo reconhecimento é aqui postulado, filiando-me à mesma linha de argumentação do voto proferido pelo ministro **Marco Aurélio**.

Se é certo que não se pode compelir a administração a prorrogar, obrigatoriamente, o prazo de todo e qualquer concurso público que venha a realizar, uma vez que tal faculdade se insere no poder discricionário que lhe é inerente, não é menos certo que, se, ainda durante o prazo de validade do concurso, novos cargos da mesma natureza desses que deram causa à abertura do certame foram criados, parece inegável o direito dos aprovados em serem nomeados e, para tanto, pertinente se mostrava a prorrogação do prazo de validade do concurso.

Máxime se os cargos criados sequer existiam no quadro de funcionários do órgão responsável pelo certame, o qual, para seu preenchimento, socorria-se de funcionários cedidos por outros órgãos da administração, como é sabido que ocorria no âmbito da Justiça eleitoral dos Estados antes da promulgação da Lei 10.842/2004.

Recusando-se a proceder dessa maneira, inegavelmente, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina violou direito líquido e certo dos recorrentes à nomeação, infringindo, ainda, os ditames constitucionais que devem nortear a atuação da administração pública, notadamente os princípios da legalidade e da eficiência.

E isso porque, tendo sido aprovados para determinados cargos públicos, mas não logrando classificação que lhes permitisse pronta chamada, os recorrentes ficaram no aguardo da abertura de novas vagas, o que efetivamente veio a ocorrer, ainda no prazo de validade do concurso.

Assim, como os cargos criados eram ocupados por pessoas de fora da carreira da justiça eleitoral dos Estados, havia fundamentos suficientes a justificar a prorrogação do prazo de validade do concurso, de modo que aqueles que

lograram aprovação nesse certamente viessem a ser oportunamente chamados a ocupar esse cargos.

Tampouco se mostra razoável admitir que o melhor seria a abertura de novo e igual concurso público para o preenchimento dos cargos, uma vez que havia aprovados em número suficiente para tanto, remanescentes de concurso recentemente realizado, ainda dentro de seu prazo de validade original quando da edição da lei que criou tais cargos.

Ressalte-se, por oportuno que, em diversas oportunidades, ao apreciar casos semelhantes ao presente, o Tribunal Superior Eleitoral proferiu decisões diversas dessa ora em análise, citando-se, para exemplificar, a seguinte decisão monocrática, da lavra do eminente ministro **Cezar Peluso**:

> Agravo regimental. Funcionalismo público. Justiça Eleitoral. Concurso público. Cargo de provimento efetivo em TRE. Candidato aprovado. Prova emprestada. Peculiaridades do caso. Admissibilidade. Direito subjetivo líquido e certo à nomeação. Caracterização. Cargos criados pela Lei 10.842/2004 durante a vigência do concurso. Prova da necessidade de pessoal. Mandado de segurança concedido. Provimento ao recurso ordinário para esse fim. Agravo regimental provido.
>
> *Decisão*
>
> 1. Ludmila Dias Chaves, classificada no 288º lugar em concurso público para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (fl. 26), impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, em 29-4-2005, contra ato do presidente daquela Corte, pretendendo nomeação no cargo de provimento efetivo para o qual foi aprovada, ou, alternativamente, que o tribunal estendesse o prazo de validade do concurso público realizado em 2001, cujo termo seria 2-5-2005.
>
> Sustentou a liquidez e a certeza de seu direito, já que a Lei 10.842/2004 criou vagas para serem preenchidas em 2004 e 2005, ou seja, enquanto válido o certame, e, ainda, porque inquestionáveis a carência de servidores e a existência de vagas e de aprovados para preenchê-las.
>
> Ao apreciar o pedido de liminar, o desembargador Paulo Espírito Santo, do TER/RJ (fl. 127), proferiu decisão, em 3-5-2005, indeferindo a inicial, pois entendeu que a impetrante possuía mera expectativa de direito à nomeação e que o prazo de validez do concurso havia expirado.
>
> Contra essa decisão, que liminarmente indeferiu a inicial, a candidata interpôs agravo regimental (fl. 133), a que se negou provimento. Leio do acórdão:
>
> (...) Não vejo motivos para que seja alterado o *decisum* ora agravado.
>
> Na verdade, restou evidenciada a ausência de direito líquido e certo da impetrante, na medida em que possui a mesma apenas expectativa de direito à nomeação, além de se haver configurado o término do prazo de validade do concurso em questão, cujo prazo tem natureza decadencial e não prescricional. (...)
>
> (fl. 155).
>
> Em 6-6-2005, Ludmila Dias Chaves interpôs recurso especial (art. 276, I, *a* e *b*, do Código Eleitoral) e recurso ordinário (art. 276, II, *b*, do mesmo diploma) para este Tribunal Superior, conforme petições de fls. 170 e 218. Não admitido o recurso especial (fl. 231), ela interpôs agravo de instrumento (autuado nesta Corte sob o número 6.330), que não foi conhecido, em razão de não ter infirmado os fundamentos

da decisão impugnada. Contra essa decisão, a candidata interpôs agravo regimental, que aguarda julgamento.

A Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE) opinou pelo improvimento do recurso ordinário, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, porque entendeu que a recorrente não logrou demonstrar a existência de ato coator (fl. 292).

Analisei o recurso ordinário e, por outro fundamento, acolhi a preliminar de falta de interesse de agir da recorrente, porque a expiração do prazo de validade do concurso, sem que fosse nomeada, lhe era juridicamente indiferente, à medida que, do exame dos documentos juntados aos autos, não era possível comprovar sua classificação para as vagas existentes durante a vigência do certame.

Observei, na cópia do edital do concurso (fls. 29-51), que eram 11 as vagas para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, nelas já incluída uma para deficiente, e que a Lei 10.842/2004 criou mais 242 vagas, que, somadas às primeiras, totalizavam 253. Argumentei que a recorrente, classificada no 288º lugar, não havia demonstrado que outras vagas tinham sido criadas durante o prazo de validade do concurso.

Por essas razões, neguei seguimento ao recurso ordinário (fls. 316-319).

Daí, a interposição deste agravo regimental (fl. 325).

A agravante, para demonstrar seu direito, recorre a três cálculos distintos, aduzindo que, em qualquer das hipóteses consideradas, "(...) estaria rigorosamente dentro do número de vagas criadas pela Lei n. 10.842/04" (fl. 326. Grifos nossos). Junta documentos.

Encaminha diversos memoriais, alegando, em suma, que todos os argumentos expendidos na inicial estariam comprovados; que os documentos anexados à petição do agravo regimental esclareceriam a afirmação de que 225 candidatos foram convocados; e que, no RMS 457, haveria prova de que o próprio TRE/RJ, quando chamado aos autos para prestar esclarecimentos, afirmou que o último aprovado regularmente para o cargo de técnico judiciário foi o 225º colocado, e que este foi o último a ser convocado para as vagas de 2004.

É o relatório.

2. Consistente o recurso.

Prova a liquidez e a certeza de seu direito, o impetrante que, de plano, apresenta prova pré-constituída das situações e fatos de que aquele se irradia.

Ao apreciar o pedido de liminar, o desembargador Paulo Espírito Santo, do TRE/RJ (fl. 127), proferiu decisão, em 3-5-2005, indeferindo a inicial, ao entender que a impetrante possuía mera expectativa de direito à nomeação e que o prazo de validez do concurso havia expirado.

Ao negar seguimento ao recurso ordinário, considerei a previsão do edital do concurso (fls. 29-51), segundo o qual eram 11 as vagas para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, nelas já incluída uma para deficiente. A essas vagas, somei as 242 criadas pela Lei n. 10.842/2004 e concluí que os cargos por preencher totalizavam 253. Assim, reconheci faltar à recorrente, classificada no 288º lugar, interesse processual ou de agir.

Preliminarmente, observo não se haver consumado a decadência. É que a inicial foi distribuída em 29-4-2005 (fl. 2), e o prazo de validade do concurso somente expirou em 2-5-2005.

Quanto ao mérito, é importante lembrar que, sem a abertura de outras vagas que não as decorrentes dos 242 cargos criados pela lei em referência, apenas 169 deveriam ser providas até 2005 – 97 em 2004 e 72 em 2005 –, conforme dispõe a

Res. TSE 21.832/2004, e, ainda, que o prazo de validade do concurso expirou em 2-5-2005.

A agravante alega que somente os cargos existentes até 2004 teriam sido providos, e, para fazer prova deste fato, noticia que, nos autos do RMS 457, da minha relatoria, o TRE/RJ teria, nas informações prestadas, admitido o mesmo fato. Alega, também, que não apenas 169 vagas deveriam ter sido providas em 2005, e, sim, 225 (existentes até 2004), além das 72 que deveriam ser preenchidas em 2005, totalizando, portanto, 297.

Consigno que não há, nestes autos, informações da autoridade tida por coatora, porque, como a própria inicial do *mandamus* foi indeferida (fls. 127-130) e o agravo regimental improvido, nos termos do acórdão de fls. 151-156, houve recurso para o TSE, sem que a autoridade coatora fosse notificada para prestá-las.

Não compete ao TSE, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, notificar a autoridade coatora para que preste informações. Mas há, nos autos de outro processo, provas de que o TRE preencheu apenas as vagas que deveriam ser providas até 2004.

Assim, dadas as peculiaridades do caso, nada obsta a que o julgador, diante de fato notório, revelado em processos semelhantes de que conheceu, determine a vinda de prova emprestada de outro feito, que tenha o mesmo fundamento.

Neste caso, há prova, colhida em outros processos, de que, apesar da previsão legal, os aprovados não foram convocados para ocupar os cargos que deveriam ser providos em 2005.

Por reputar relevantes as informações prestadas pelo TRE/RJ, para comprovar que as vagas cujo preenchimento estava programado para 2005 não foram preenchidas, fiz juntar aos autos cópia do Ofício GP 882/2005 (fls. 372-389), de onde leio:

(...)

Há de se esclarecer que, para o cumprimento da Lei n. 10.842/04, havia a necessidade primária de se preencher as vagas de 2004, o que foi executado, obedecendo rigorosamente à ordem de classificação dos candidatos.

(...)

Nelas [nas informações prestadas] pode-se observar que o escoamento do prazo de validade do concurso, sem a convocação para o preenchimento das vagas de 2005, não resultou de conduta omissiva da Administração, mas das dificuldades surgidas no preenchimento das vagas criadas em 2004, em razão da necessidade de realização de prévio concurso de remoção, das desistências e das opções por lista de espera.

(...) (fls. 382 e 384.)

As dificuldades a que se refere o Tribunal Regional podem ser mais bem compreendidas à luz dos seguintes excertos da informação:

(...)

Ocorre que, como poderemos verificar, as diversas convocações de candidatos não lograram êxito imediato, pois, passados quase quatro anos da realização do concurso, muitos dos convocados já se encontravam estabelecidos profissionalmente.

Além do mais, como as vagas oferecidas para lotação destinavam-se a cartórios do interior, muitos optantes, após tomarem conhecimento da lista, não retornaram para dar continuidade ao procedimento (...) (fl. 378);

Ora, o fato de o TRE ter encontrado dificuldades para convocar os candidatos aprovados no concurso não é razão bastante para retirar de candidato aprovado dentro do número de vagas o direito de ser nomeado.

É bem verdade que, em tese, o candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo a ser nomeado após o prazo de validez do certame não prorrogado pela administração pública, não obstante a criação ulterior de novos cargos.

Mas tenho que a recorrente, assim como os recorrentes nos RMS 412 e 413, já julgados por mim, se desincumbiu do ônus de provar que, à época, o TRE/RJ necessitava de pessoal. E fê-lo demonstrando a incontroversa existência de cargos vagos criados pela Lei 10.842/2004, os quais não foram providos, em desrespeito ao cronograma de preenchimento.

Acrescente-se ser não menos notório que o TRE/RJ realizou, neste ano, concurso público para provimento de 269 cargos de técnico judiciário, área administrativa. A homologação ocorreu por meio do Edital. 13, de 19-4-2007, publicado no *DOU* de 23-4-2007. Em breve, deverá ocorrer a convocação dos novos aprovados.

Concluo que assiste razão à recorrente, porque, além dos 225 convocados (número de vagas surgidas até 2004), o TRE deveria ter chamado mais 72 candidatos no prazo de validade do certame, para ocuparem as 297 vagas criadas pela lei e distribuídas conforme resoluções desta Corte, que estabeleceram calendário e percentuais para o preenchimento das vagas em 2004, 2005 e 2006.

Com o advento, aos autos, da informação de que, dentre os cargos criados pela Lei 10.842/2004, só foram providos os que deveriam ser preenchidos até 2004, temos que a candidata, classificada na 288ª posição, logrou demonstrar que se encontra classificada dentro das 297 vagas criadas que deveriam ter sido preenchidas.

3. Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 316-319 e dou provimento ao agravo regimental, para, concedendo a ordem, determinar ao TRE que, observadas as vagas existentes até a data de encerramento do prazo de validade do concurso, proceda à nomeação da recorrente.

Brasília, 17 de maio de 2007. [RMS-AgR 411/RJ, *DJ* de 25-5-2007.]

Anoto que, mesmo no âmbito desta Suprema Corte, há precedentes no mesmo sentido, merecendo relevo, a par daqueles já transcritos nos autos pelos recorrentes, o seguinte:

1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na instância de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão que reconheceu, à parte ora agravada, prioridade na nomeação a cargo de oficial de justiça, para o qual havia prestado concurso, em que foi aprovado, por entender que a abertura de novo certame, no prazo de validade do anterior, fez nascer direito subjetivo de ocupar a vaga que surgiu após a realização do primeiro concurso. Sustenta-se violação ao art. 37, IV, da Constituição Federal, uma vez que o concurso público em questão foi aberto com a finalidade específica de prover dois cargos de oficial de justiça. 2. Inviável o recurso. Lê-se do acórdão: "Os impetrantes foram aprovados no concurso público n. 01/95 para provimento de cargos de Oficial de Justiça do Quadro Geral de Auxiliares de Justiça da Comarca de Londrina, ocupando atualmente a segunda, a terceira e a sexta colocação, tendo em vista contratações anteriores de desistência de vaga. No prazo de validade do concurso, a douta magistrada da Comarca de Londrina solicitou ao presidente do Tribunal de Justiça do Paraná o aproveitamento de candidatos aprovados, tendo em vista a existência de 05 cargos vagos de Oficial de Justiça naquela Comarca. Sob o argumento de que o certame

teria cumprido sua finalidade, qual seja, o preenchimento de quatro cargos vagos, conforme constava no edital, o em. presidente do Tribunal de Justiça não só negou o pedido, como também autorizou a abertura de novo concurso para o preenchimento das referidas vagas. Entretanto, esse não é o entendimento que se coaduna com a melhor exegese do art. 37, IV, da Constituição Federal, que dispõe: "Art. 37. (...) IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;" Se é certo que a administração não é obrigada a nomear todos os aprovados, face aos juízos de conveniência e oportunidade de que dispõe, também é certo que a existência de vaga e a necessidade de preenchê-la geram direito aos aprovados de serem nomeados dentro do prazo de validade do concurso. Assim, os aprovados em concurso público terão prioridade para nomeação sobre novos concursados para preencher vagas existentes quando da abertura do edital e aquelas que porventura surgiram dentro de seu período de validade. Nesse sentido, a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, que já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma "letra morta". (Grifos meus) (*Curso de direito administrativo*, 15. ed., Malheiros Editores, 2003, p. 259). Na esteira desse entendimento, pode-se dizer: ainda que o edital de concurso público tenha previsto inicialmente número determinado de vagas para certo cargo, enquanto perdurar a vigência do certame, terão prioridade os nele aprovados para ocupar cargos vagos que venham surgindo. A assertiva acima apresenta-se coerente com os princípios norteadores da administração pública, mormente o da eficiência, posto que, se há candidatos aprovados, aptos a exercerem as funções inerentes ao cargo, não seria plausível a abertura de novo certame para o preenchimento de vagas não previstas quando da elaboração do edital, o que, por certo, seria dispendioso. Ressalte-se que, conforme assente na jurisprudência, "aprovação em concurso púbico gera mera expectativa de direito"; entretanto essa expectativa se transforma em direito subjetivo quando há necessidade de preenchimento de vaga e aprovado em concurso válido, cujo prazo de validade não se expirou. (...)". (Fls. 219-221) É, pois, fato incontroverso, segundo o teor do acordão, que o ora agravado foi aprovado no concurso para o cargo de oficial de justiça e que a criação de novas vagas deu-se ainda no prazo de validade do certame. Não menos incontroverso que, a despeito de haver concurso válido, o presidente do Tribunal de Justiça do Paraná autorizou a abertura de novo concurso para o preenchimento das referidas vagas. Houve, pois, desvio de poder e ofensa a direito líquido e certo do impetrante, uma vez insultadas as normas constantes do art. 37, *caput*, e inciso IV, da Constituição da República. Em caso assemelhado, no julgamento do RE 192.568 (rel. min. *Marco Aurélio*), esta Corte decidiu: "*Concurso público – Vagas – Nomeação*. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge

configurador de desvio de poder, ato da administração pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "Como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, p. 56). (No mesmo sentido, cf. RE 229.450, rel. min. *Maurício Corrêa*; RE 273.605, rel. min. *Néri da Silveira*). 3. Adotando, pois, os fundamentos dos precedentes e valendo-me do disposto nos arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/1990, e 557 do CPC, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Int.. Brasília, 28 de junho de 2004. [AI 504.702/PR, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 9-8-2004.]

Merece, pois, provimento o presente recurso, para a concessão da segurança impetrada pelos recorrentes, determinando-se que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, tomando por parâmetro as vagas existentes até a data do encerramento do prazo de validade do aludido concurso, proceda à nomeação dos ora recorrentes para os cargos para os quais foram regularmente aprovados.

Destarte, pelo meu voto, proponho seja dado provimento ao presente recurso extraordinário, nos termos e para os fins *supra* explicitados.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, como o ministro Dias Toffoli e o ministro Marco Aurélio fizeram parte do TSE, um acompanha o outro. Como eu só faço parte do Supremo Tribunal Federal, vou acompanhar Vossa Excelência, que foi relatora para acórdão no RE 227.480, do Rio de Janeiro. E assim ficou sintetizado o entendimento de Vossa Excelência:

Ementa:

Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Arts. 37, II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Certamente porque ele é promovido pela entidade pública.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.

Veja que no caso específico as vagas foram criadas no curso do concurso. Evidentemente que estava lhe dando o prazo de validade e havia direito subjetivo dos que foram aprovados.

Diz a ministra Cármen Lúcia:

> *2. A recusa da administração pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.*

Se não houver motivação, automaticamente o direito subjetivo se sobrepõe ao direito líquido e certo. Eu anotei no debate – achei muito interessante, tanto o acréscimo feito pelo ministro Marco Aurélio quanto por Vossa Excelência – que também estão em jogo aqui duas cláusulas pétreas. Primeiro, o Estado Democrático de Direito, a administração tem de se subordinar à lei.

Vossa Excelência relembrou o seu passado de concurso, eu também tenho uma vida de concurso. Sei o que é um candidato abrir mão de uma série de coisas para fazer um concurso e depois não tomar posse. Vossa Excelência cita a vinculação da administração à lei, e essa frustração, ministro Marco Aurélio, é a base da própria cidadania, o exercício da cidadania de quem se preparou, realizou um concurso público e não tomou posse.

O sr. ministro Marco Aurélio: A própria dignidade do homem. Quer dizer, o Estado não pode tripudiar, deixar de realizar um concurso para saber se há no mercado pessoas habilitadas aos cargos. Realiza para o preenchimento dos cargos.

Na espécie, ainda se tem esse móvel: deixou-se de prorrogar o concurso a partir da cultura requisitória, o prestígio dos requisitados para, a seguir, abrir novo certame. Salta aos olhos o descompasso com a ordem jurídica constitucional.

O sr. ministro Luiz Fux: Então, por todos esses fundamentos, acompanho o voto de Vossa Excelência, automaticamente dando provimento ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhora presidente, seria irracional abrir um concurso e não prover as vagas, até porque a administração pública se sujeita não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da economicidade e da eficiência. Em existindo vagas e em existindo candidatos aprovados, o interesse público exige que essas vagas sejam providas.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas duas palavras, não para divergir do relator, mas para ressaltar que, durante muitos anos, vingou

jurisprudência – que, a meu ver, mereceu excomunhão maior – segundo a qual somente se teria direito subjetivo à nomeação no caso de preterição, como se – assentei no acórdão – a administração pública pudesse brincar com o homem candidato e praticamente tripudiar, deixando escoar o prazo de validade do concurso, com vagas abertas, às vezes anunciadas no edital, sem preenchimento.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Se Vossa Excelência me permite, todos aqueles que já foram administradores públicos conhecem o custo elevadíssimo de um concurso público.

O sr. ministro Marco Aurélio: No caso concreto – e assim deixei escancarado no acórdão –, o pretexto para não se adiar, porque houve requerimento, o prazo de validade do concurso seria a manutenção dos requisitados, alegando-se que teriam maior experiência. Ressaltou o relator que o projeto de criação dos cargos foi aprovado a partir da premissa de que se precisava colocar um ponto final nas requisições. Isso foi negociado pelo então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Sepúlveda Pertence, não só com o Executivo como também com o Legislativo.

Acompanho Sua Excelência no voto proferido.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Também acompanho o voto do relator.

Tenho duas observações, rapidíssimas. A primeira que, neste caso, surge o que está assentado a partir da Constituição: quando se abre uma nova vaga, um novo concurso – como foi anunciado tanto no relatório de Vossa Excelência quanto enfatizado da tribuna –, na vigência de um concurso, hoje, já há lei que não podem ser chamados os do novo concurso enquanto expirasse. Talvez nessa ocasião já havia até essa legislação, mas não era observada com a intransigência que é hoje, porque se considera nula a nomeação.

Segundo, porque esse direito adquirido surge exatamente quando se demonstra a necessidade.

Eu até já ponderei sobre o que Vossa Excelência afirma, ministro Marco Aurélio, quanto a questão de que o direito se adquire quando um outro é nomeado ou quando há preterição. Lembro-me de que o professor Caio Tasto dizia que isso foi um ganho, porque antes não tinha direito a nada, depois, com a preterição; agora se passa a uma outra etapa.

O sr. ministro Marco Aurélio: No primeiro caso, RE 192.568/PI, decidido pela Segunda Turma, no âmbito do Supremo, fui relator. Envolvia juiz do Piauí. Bateu-se o martelo no sentido do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado, pouco importando a inexistência de pretensão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Acho, e tenho escrito, que esse direito até não é absoluto, claro, como todos os direitos não são. Já vivi situações

em que a pessoa foi aprovada, havia até a vaga, mas se sobrevier um interesse público maior, por exemplo, quando veio a Emenda Constitucional 14, nós tínhamos feito um concurso em Minas Gerais e havia os aprovados. O ensino do segundo grau passou para o Município, então as vagas existentes quando do concurso deixaram de existir, logo, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. Aqui é o oposto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Na espécie, a cronologia é escandalosa. Indeferiram a prorrogação para abrir, a seguir, novo concurso!

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Hoje já nem poderia, porque hoje temos leis no Brasil que impedem a abertura de novo concurso: enquanto tiver candidatos aprovados em concurso que ainda esteja em vigor ou que possa ser prorrogado. Então, como esse dado é de 2003, naquele ocasião não tinha ainda essa situação.

De toda sorte, aqui tem um terceiro dado, é que desde a década de setenta o direito à nomeação surge quando houver a comprovação da necessidade pela administração pública. A requisição é a prova da necessidade. Então, nesse caso, desde a década de setenta a doutrina e a jurisprudência estão assentadas do mesmo jeito.

Não tenho a menor sombra de dúvida, portanto, em acompanhar o relator e conceder também a ordem nos termos que foram fixados.

EXTRATO DA ATA

RE 581.113/SC — Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrentes: Jailson Laurentino e outros (Advogado: Jailson Laurentino). Recorrida: União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Retirado de pauta por indicação do ministro Carlos Ayres Britto, presidente. Ausente, justificadamente, o ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, 22-9-2009.

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.874 — MS

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Viação São Francisco Ltda. — Recorridos: Justa Servin Franco e outros — Interessados: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais e Bradesco Auto Re Cia. de Seguros

Constitucional. Responsabilidade do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Concessionário ou permissionário do serviço de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros não usuários do serviço. Recurso desprovido.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

III – Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento, vencido o ministro Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluiu pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não usuário do serviço.

Na origem, cuida-se de ação de reparação de danos morais e materiais, ajuizada por Justa Servin de Franco e outra, contra a Viação São Francisco, em razão de acidente ocorrido em 14-11-1998, que vitimou o seu companheiro, no Município de Campo Grande/MS.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

> *Apelação cível. Ação de reparação de danos. Acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva. Obrigação de indenizar. Dano material não comprovado. Dano moral independente de prova. Recurso provido para julgar procedentes em parte os pedidos iniciais.*
>
> 1. À míngua de prova de que o acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo, com morte do ciclista, deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, a empresa responderá objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade.
>
> 2. Inexistindo prova de que a vítima fatal de acidente de trânsito desenvolvia atividade remunerada, tem-se por improcedente o pedido de pensão alimentícia formulado pela companheira e pela filha.
>
> 3. O sofrimento decorrente do sinistro que acarretou a morte do companheiro e pai independe de qualquer atividade probatória e permite condenar a empresa de transporte coletivo a indenizar a família pela dor causada.

Neste recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, sustentou-se ofensa aos arts. 37, § 6º, e 93, IX, da mesma Carta.

Alega a recorrente, em síntese, que a teoria da responsabilidade objetiva não se aplica ao caso, pois a pessoa que faleceu em razão do acidente não era usuária do serviço de transporte coletivo (fls. 322-323).

Nas contrarrazões, encartadas às fls. 362-367, sustenta-se a responsabilidade objetiva da recorrente, bem como a inocorrência, na espécie, de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Em 23-10-2008, o Supremo Tribunal Federal considerou existente a repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos. Transcrevo a ementa da decisão:

> *Constitucional. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação a terceiros não usuários do serviço. Repercussão geral reconhecida*. [Fl. 410.]

À ocasião, manifestei-me pela existência de repercussão geral, observando que a questão foi submetida ao Plenário desta Corte por meio do RE 459.749/PE, rel. min. Joaquim Barbosa, cujo julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Eros Grau. Entretanto, ele não foi concluído em razão da superveniência de acordo entre as partes (fl. 406).

Deixei de ouvir o Ministério Público Federal, porquanto, em inúmeros outros casos que versavam sobre a mesma questão constitucional, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, em razão da inviabilidade do exame de provas na via extraordinária. Nesse sentido, cito, dentre outros, os seguintes processos: RE 565.758/DF, de minha relatoria, RE 459.749/PE, rel. min. Joaquim Barbosa.

No entanto, instado a pronunciar-se, na sessão plenária de 26-8-2009, o procurador-geral da República manifestou-se, oralmente, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Senhor presidente, a questão constitucional discutida nestes autos consiste em aquilatar-se o alcance do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no que tange à extensão da teoria da responsabilidade objetiva a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, relativamente a terceiro que não ostenta a condição de usuário do serviço por ela prestado.

Como se sabe, a obrigação do Estado de reparar os danos causados a terceiros em razão de atividades praticadas por seus agentes foi, por longo tempo, recusada em nome da iníqua "teoria da irresponsabilidade" da administração pública,[1] fundada em princípios herdados do regime absolutista (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*), que representavam verdadeira negação do direito pelo próprio Estado, cuja principal atribuição é, justamente, a de guardá-lo e aplicá-lo de forma isonômica e adequada.

Ao escrever sobre a responsabilidade do poder público, nos idos 1927, Paul Duez já sustentava a obrigação estatal de reparar, como regra, concluindo que *"aujourd´hui, on peut dire que la responsabilité est la règle, l´irresponsabilité, la exception"*.[2]

Examinando a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado, Maria Sylvia Zanella de Pietro muito bem sintetizou a questão ao assinalar que:

> O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios do direito privado; em outros como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada por muito tempo foi a de irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.[3]

---

1 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007. p. 20-21.

2 DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. V, segundo o qual, "atualmente, pode-se dizer que a responsabilidade é a regra e a irresponsabilidade a exceção" (tradução livre).

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 618.

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade jamais foi acolhida, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial. Com o advento do Código Civil de 1916, adotou-se, majoritariamente, a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, com base na redação um tanto quanto ambígua do art. 15 do referido diploma normativo, que conduzia à ideia da culpa.[4]

As Constituições de 1934 e 1937 acolheram o princípio da responsabilidade civil solidária entre o Estado e os seus funcionários, por danos causados a terceiros, ressalvado o direito de regresso.[5]

Com a Constituição de 1946, o Brasil assumiu uma postura mais publicista com relação à responsabilidade do Estado, desenvolvendo-se aqui a "teoria do risco administrativo", segundo a qual não se exige a demonstração de culpa para que se possa responsabilizar objetivamente o poder público por prejuízo causado a terceiro, mas, apenas, a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa.[6] Adotou ela, então, a "teoria do risco", que tem por substrato a ideia de que toda a atividade estatal envolve a possibilidade de causar dano a alguém.[7]

Assim, assentava o art. 194 da referida Carta que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros", admitida a ação regressiva contra funcionários que tivessem agido com culpa.

A Constituição de 1967 manteve a regra em seu art. 105, acrescentando que a ação de regresso seria cabível em caso de dolo ou culpa. Idêntica redação foi adotada pela EC 1/1969, no art. 107.

Em 1988, com o advento da nova Constituição, estabeleceu-se no art. 37, § 6º, o seguinte:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade civil, tanto do Estado quanto da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, portanto, passou a ser objetiva em relação a terceiros, como se depreende da redação do referido dispositivo constitucional.

É bem de ver, contudo, que a força maior e a culpa exclusiva da vítima podem figurar como excludentes de responsabilidade do Estado, exatamente

---

[4] "Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiro, *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*, salvo direito regressivo contra os causadores do dano." [Grifei.]

[5] Cf. arts. 171 e 194, respectivamente.

[6] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 366-367.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 621.

porque o nexo causal entre a atividade administrativa e o dano dela resultante não fica evidenciado.[8]

Resta saber – e é exatamente isso que se discute no presente recurso extraordinário – se a locução "terceiros", abrigada no art. 37, § 6º, da Constituição vigente, alcança também aquela pessoa que não se utiliza do serviço público.

A matéria ora submetida ao exame do Plenário, convém recordar, não é nova nesta Suprema Corte. Em caso semelhante, nos autos do RE 262.651/SP, rel. min. Carlos Velloso, decidido pela Segunda Turma, em 16-11-2004, prevaleceu o entendimento de que "a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário". À ocasião, o ministro Joaquim Barbosa foi voto vencido na companhia do ministro Celso de Mello.

Noutra ocasião, no julgamento do RE 459.749/PE, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, o qual foi suspenso em virtude de pedido de vista do ministro Eros Grau, e não concluído em razão da superveniência de acordo entre as partes, o relator reiterou o entendimento de que a teoria da responsabilidade objetiva é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, **mesmo para os terceiros não usuários do serviço**, com fulcro nos seguintes fundamentos:

> 1) Tendo a Constituição brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, em face do princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos;
>
> 2) Parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, assevera que o art. 37, § 6º, da Constituição não faz qualquer distinção no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano, ou seja, não exige que a pessoa atingida pela lesão ostente a condição de usuário do serviço. De fato, segundo o brocardo latino, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*.[9] Nesse sentido, o citado autor sustenta que

---

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 624-625.

[9] "*Onde a lei não distingue, não podemos nós distinguir*."

> para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às "pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos". Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado.[10]

Com fundamento nesse argumento, penso também que não se pode interpretar restritivamente o alcance do referido art. 37, § 6º, sobretudo porque o texto magno, interpretado à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados "terceiros", isto é, entre usuários e não usuários do serviço público, vez que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado.

Não impressiona, *data venia*, o entendimento segundo o qual **apenas** os terceiros usuários do serviço público gozam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, porquanto têm o direito subjetivo de receber um serviço adequado. É que tal raciocínio contrapõe-se à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal.

Na espécie, não ficou evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimou o ciclista ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou em razão de força maior. Constato, no entanto, que restou comprovado o **nexo de causalidade** entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público, sendo tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, ora recorrente, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Isso posto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário, mas **nego-lhe provimento**.

QUESTÃO DE ORDEM

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, uma questão de ordem que não posso deixar de suscitar diz respeito à necessidade de observarmos, quando admitida a repercussão geral, sempre e sempre, a vinda ao processo do pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, já que a premissa é a de que teremos a adoção de entendimento, pelo Plenário, sob esse ângulo, acerca da matéria constitucional controvertida.

---

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 744-745.

O relator realmente apontou que haveria precedentes da Procuradoria, em outros processos, indicando o envolvimento de matéria fática, a inviabilidade do extraordinário. Mas a simples circunstância de o Tribunal, de o relator não ter empolgado o Verbete 279 da Súmula do Supremo para negar seguimento a esse recurso, inserindo-o, portanto, na internet para definição da repercussão, a meu ver, é conducente a ouvir-se o Ministério Público. É um princípio que observo e como o faço como relator, integrando o Tribunal, devo sustentá-lo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Senhor presidente, em cerca de oitenta por cento das repercussões gerais, que tive a honra de submeter a este Plenário, eu fiz menção ao mesmo fato, ou seja, ao fato de o Ministério Público ter se manifestado em processos análogos sobre o mesmo assunto e nós temos aproveitado o parecer do *Parquet*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Suscito essa questão e já disse, no Plenário, que sou portador de um espírito irrequieto.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Em relação a exigência do texto constitucional, nós entendemos que tendo havido algum pronunciamento do Ministério Público sobre o tema, isso é suficiente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas ministro, veja, os precedentes são conflitantes com a vinda do processo à bancada para julgamento do extraordinário sob o ângulo da repercussão geral. Por quê? Dizem respeito a outros processos em que haveria o recurso voltado ao revolvimento das premissas fáticas constantes dos acórdãos impugnados. O simples fato de o relator haver acionado o instituto da repercussão geral trazendo o processo à bancada, ao julgamento do Colegiado, indica que não se tem o óbice do Verbete 279 e que vamos adentrar a matéria de fundo. Se vamos adentrar a matéria de fundo assentando entendimento constitucional, é recomendável, pelo menos, ouvir o Ministério Público.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu estou trazendo à colocação, em meu relatório, que há um parecer no RE 565.758, do Distrito Federal, da minha relatoria, que eu poderia perfeitamente trazer em substituição porque a tese é a mesma.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência trouxe o processo ao Plenário e não o liquidou em duas linhas acionando o Verbete 279 da Súmula do Supremo!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Não. Eu tenho seguido a praxe da Casa. Quer dizer, em todas as repercussões gerais que eu trouxe, em que o mesmo problema suscitado, não houve nenhuma objeção do Plenário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não se faz presente sequer o óbice do Verbete 279, porque os fatos estão bem delineados no acórdão impugnado mediante o extraordinário. O que se busca é o enquadramento jurídico-constitucional da situação fática retratada, soberanamente, pelo Tribunal de origem.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Consulto o procurador-geral se não queria se pronunciar sobre o tema, de imediato.

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, não há o destaque.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É uma matéria conhecida, nós participamos, na Turma, de julgamento.

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Nós vemos muitas vezes com súmula vinculante, o procurador-geral da República se pronuncia oralmente.

O sr. ministro Cezar Peluso: Essa questão, senhor presidente, suscitou uma questão de ordem técnica que o Tribunal já corrigiu quando, no *software* do Plenário Virtual, colocou a alternativa de inadmissibilidade do recurso por falta de outros requisitos, não de repercussão geral. Hoje nós temos alternativa.

Se de fato a questão fosse puramente de matéria sobre prova ou de norma infraconstitucional, a alternativa seria negar a existência de repercussão geral, porque ela é inconcebível quando o recurso é inadmissível. É preciso que haja uma questão constitucional para se imaginar ou para se conceber a qualidade da repercussão geral, de modo que ela nem deveria ter vindo ao Plenário se ela é uma questão de fato. E, mais, vindo ao Plenário, é exigência textual, inclusive do Regimento Interno: trazido o feito a julgamento após vista ao procurador-geral.

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Qual o artigo?

O sr. ministro Cezar Peluso: Art. 325.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Na esteira do que dispõe, aliás, o art. 103 da Constituição. É taxativo: vista ao procurador-geral.

O sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (procurador-geral da República): Senhor presidente, eu pediria para examinar os autos, enquanto o Tribunal poderia prosseguir, e veria se há condições de manifestação neste momento.

O sr. ministro Marco Aurélio: A tese é interessantíssima, porque, pelo que percebi, estamos aqui a cogitar da posição do Estado, ou da concessionária, talvez como segurador universal, para utilizar expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É uma mudança de jurisprudência do Supremo, até o ministro relator, em uma conversa, dizia isso, vai ser uma mudança de jurisprudência.

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Agora, interessante que o Regimento Interno diz que há vista ao procurador-geral da República se necessária.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Então, senhor presidente, fica suspenso enquanto o eminente procurador examina.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu só lembrava que, na Turma, tivemos essa discussão no RE 262.651, de relatoria do ministro Velloso. Na ocasião, o ministro Joaquim Barbosa pediu vista e trouxe posição contrária à posição então sustentada pelo ministro Velloso. E a posição que prevaleceu, vencidos os ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, foi a de que, no caso específico, não havia responsabilidade civil objetiva para a concessionária em relação aos terceiros não usuários. Mas o tema sempre foi controvertido e aparentemente aquela

decisão estava em confronto com a massiva doutrina de direito administrativo que entende que também a responsabilidade objetiva se aplica às concessionárias de serviço público. Portanto, eu estava a dizer ao ministro Ricardo Lewandowski da importância de ter trazido esse tema ao Plenário para uma definição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Na esteira do que Vossa Excelência está assentando, senhor presidente, observo que, a partir desse *leading case* do ministro Velloso, que foi um caso isolado num recurso extraordinário, houve uma intensa discussão aqui nesta Suprema Corte com posições já destoantes. Mas a própria doutrina tem evoluído, assim se puder proferir o voto ainda hoje, o farei.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O tema é importante, inclusive, por isso que o ministro relator está dizendo que seria uma mudança de jurisprudência, ou pelo menos, a fixação de uma jurisprudência nova.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vamos aguardar o senhor procurador-geral.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Apenas estou dizendo que toda vez que o Ministério Público foi instado a se manifestar, ele manifestou-se pelo não conhecimento porque entendeu que haveria necessidade do revolvimento de contexto fático-probatório.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Senhor presidente, gostaria inicialmente de agradecer a gentileza e o esforço do eminente procurador-geral em analisar, na própria sessão, um tema de elevada complexidade, como este que ora é submetido ao Plenário.

Sua Excelência mostra um elevadíssimo espírito público, fazendo jus às melhores tradições do Ministério Público – renovadas pela Constituição de 1988 –, de modo a permitir que um assunto desta magnitude e repercussão possa ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal sem mais delongas.

Queria apenas assinalar, senhor presidente, que, quando deixei de encaminhar – mas, evidentemente, curvo-me ao entendimento superior do Plenário – o processo à Procuradoria-Geral da República, eu me louvei na Resolução 312, de 31 de agosto de 2005, subscrita pelo eminente ministro Nelson Jobim, que diz o seguinte:

> **Art. 1º** Nos casos de processos com fundamento em idêntica controvérsia, o encaminhamento à Procuradoria-Geral da República será feito mediante a seleção de dois processos representativos, ficando sobrestados os demais.
>
> **Art. 2º** O despacho com providências sucessivas deverá ser utilizado sempre que possível.

É evidente que, se o Plenário entender de forma diversa, nos casos desta magnitude, ouvirei o Ministério Público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Até porque hoje já há a possibilidade de termos pronunciamento em prazo adequado. O quadro mudou bastante, e temos um diálogo bastante direto, com a própria Procuradoria-Geral dando prioridade a esses processos.

Creio que, com isso, também podemos obter bons resultados, sem que haja o prejuízo do pronunciamento da Procuradoria-Geral.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Também, senhor presidente, começo por elogiar o belo voto do ministro Lewandowski, como sempre.

Queria que, em matéria de responsabilidade, nós chegássemos ao que se chegou na Antiguidade. Quem leu o Código de Hamurábi ou Hamurabi, viu lá uma norma, segundo a qual, se o *agronum*, se o cidadão declarar perante a cidade e seu administrador que um ladrão lhe teria tirado alguma coisa de sua casa, porque falhou a cidade, ela responderia por isso.

É mais ou menos para isso que se caminha no direito administrativo, quando o Estado falha e causa dano, comprovado o nexo entre o fato e o dano.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aí está o problema, porque, segundo o constante do acórdão, não teria havido nexo de causalidade considerado o serviço e o dano.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O acórdão, sim.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não estampa, a meu ver, o nexo de causalidade.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Primeiro, ministro, só para acentuar que eu comungo inteiramente: a responsabilidade é objetiva, que não significa responsabilidade pelo risco integral.

O sr. ministro Marco Aurélio: Potencializou-se a responsabilidade objetiva, retornando-se à teoria do risco integral.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, porque aqui se estabeleceu um nexo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, sim, estou com o acórdão em mão.

A sra. ministra Cármen Lúcia: À fl. 204, tem um dado que me preocupou enormemente (a prova que foi desfeita pelo Tribunal *a quo*) quando se diz:

> analisando detidamente os autos constata-se induvidosamente que a causa determinante para o acidente foi a culpa exclusiva da vítima.

O que se teve?

O sr. ministro Marco Aurélio: Foi?

A sra. ministra Cármen Lúcia: A culpa exclusiva da vítima. O que se teve?

O sr. ministro Marco Aurélio: Foi?

A sra. ministra Cármen Lúcia: A culpa exclusiva da vítima na sentença. O que foi desfeito no acórdão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): No acórdão.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, sim, então se disse que a acionada não comprovou a culpa exclusiva da vítima, mas foi retratado quadro que afasta, por completo, a causalidade.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não. O nexo causal, não.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ou seja, não teria havido ato comissivo ou omissivo da acionada a ponto de causar o dano.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas aí há responsabilidade objetiva, ministro, é que houve um fato: o ônibus vinha me parece que numa ladeira, enfim, onde se tinha uma velocidade máxima permitida de 40 Km/h e, o que não é contestado, ele estava a 18 Km/h.

O sr. ministro Marco Aurélio: A 18 Km/h, bem abaixo da velocidade permitida.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E a vítima estava ao lado com a bicicleta e foi atingida pelo ônibus; enfim, isso é fato.

O sr. ministro Marco Aurélio: Esse atingimento não está na faticidade revelada no acórdão.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Isso é fato.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas a ementa diz isso: à míngua de provas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: No acórdão está que não foi afastado, à míngua de provas, a conduta da vítima, logo, responde o serviço, daí por que a responsabilidade objetiva, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição da República.

O sr. ministro Marco Aurélio: Pelo menos Vossa Excelência assenta que haveria a causalidade! Já fico mais tranquilo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Se o ciclista atropelado caiu.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim. O que eu estou dizendo é que a responsabilidade objetiva se dá nesses termos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Assim é interpretada, por Vossa Excelência, a moldura fática constante do acórdão.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A responsabilidade objetiva é isso. Há um fato, há uma consequência danosa comprovada e há o nexo. Esse nexo pode ser rompido? Pode. Por exemplo, por culpa exclusiva da vítima. Vale para o Estado, vale para a concessionária e vale para o prestador de serviço.

O ministro Lewandowski assentou, com o que eu concordo inteiramente, que o serviço público tem um toque de Midas, ou seja, tudo que ele atinge se

transforma num regime jurídico, que não pode ser aquele civilista. Por isso eu chamo até de responsabilidade administrativa ou extracontratual.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos fazer justiça ao ministro Carlos Velloso porque, no precedente, ele não restringia ao usuário, em si, a responsabilidade. Partiu, isso sim, da natureza da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, distinguindo o usuário e o terceiro.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim.

O sr. ministro Marco Aurélio: Porque no próprio Texto Constitucional está a referência a terceiro.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A terceiro, mas para garantir a responsabilidade objetiva.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Exatamente.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Terceiro, sendo que essa responsabilidade é a mesma.

O sr. ministro Marco Aurélio: Porque há situações concretas em relação ao usuário e em relação ao terceiro, nas quais a responsabilidade não é objetiva, pelo menos assim penso, distinguindo as situações.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Quando a culpa é da vítima, caso fortuito ou força maior.

O sr. ministro Marco Aurélio: De regra não afirmo peremptoriamente. Se o ato é omissivo, procedo à distinção.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Essa a distinção que o professor Celso Antônio ainda faz, e que o ministro Carlos Velloso, como Vossa Excelência, fez.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministra Cármen Lúcia, temos a mesma escola: Celso Antônio Bandeira de Mello.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Pois é. Eu não faço essa distinção. Para mim a responsabilidade é objetiva e, neste caso, há um nexo de causalidade que foi comprovado, pelo menos a partir do que foi posto no acórdão, sobre o qual nós não podemos discutir mais.

Então, a minha sequência, na linha do belo voto do ministro Lewandowski, é exatamente porque eu não distingo o que a Constituição da República, a meu ver, não distinguiu: prestador de serviço público, seja diretamente o Estado, seja terceiro, no caso a concessionária, quando presta o serviço e nesse desempenho causa dano, decorrente, portanto, dessa atividade, que é serviço público, submete-se ao regime de responsabilidade constitucionalmente estabelecido. Esse regime é o da responsabilidade objetiva que ficou comprovado.

Razão pela qual eu acompanho o relator para, exatamente, conhecer e negar provimento.

VOTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, pelo que eu pude apurar, há um nexo de causalidade; primeiro ponto. Segundo ponto, o voto do ministro Lewandowski é objetivo. Terceiro ponto, o debate sobre serviço público começou com o atropelamento da Agnece.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Senhor presidente, também cumprimento o relator por mais um belo voto.

A tese central me parece correta, o Ministério Público bem pontuou, há uma responsabilidade objetiva, ínsita à prestação do serviço público, independentemente do seu prestador: se prestador público, se prestador privado.

O serviço público é próprio do Estado, é dele, do Estado em benefício de toda coletividade. A esse bônus social corresponde um ônus social, a coletividade que é beneficiária de um serviço essencialmente público responde pelos danos causados a terceiros e não só aos usuários quando da prestação desses serviços, que sendo do Estado, é dela, da coletividade. Numa paridade perfeita entre bônus e ônus.

A Constituição não falou de terceiros à toa, ou por acidente, ou por acaso, ela o fez intencionalmente. A Constituição é precisa em diversas passagens quando distingue usuário de terceiros. São muitos os dispositivos. O que ela quis fazer foi assentar, a meu sentir, a meu ver, duas isonomias. A primeira isonomia ou igualdade de tratamento normativo entre o Estado, prestador de serviço público, e o particular, prestador de serviço público; primeira isonomia. Segunda isonomia, entre os usuários específicos do serviço público e os terceiros em geral. Então, duas categorias de isonomia que me parecem contempladas pelo § 6º do art. 37.

Só para lembrar a Vossas Excelências, eu listei aqui, num outro voto, umas quatro ou cinco passagens em que a Constituição fala de usuário. E também umas três ou quatro passagens em que a Constituição fala de terceiros, por exemplo, no art. 26, a Constituição diz:

> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:
> I – (...)
> II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; (...)

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)
> § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ou seja, a Constituição usa apropriadamente os dois termos: usuários, de uma parte; terceiros, de outra parte.

E, no § 6º, portanto, o uso do termo "terceiros" me parece que foi realmente intencional para extrapolar, ultrapassar as dimensões do simplesmente usuário. Com isso, a Constituição imprime à prestação do serviço público um cuidado ainda maior, ou seja, exige que o princípio da eficiência se aplique em plenitude na prestação dos serviços públicos para que essa prestação não lesione nem usuários em particular, nem terceiros em geral, o que me parece de boa medida, de boa política legislativa, correspondendo a uma espécie de profilaxia social em tema tão importante quanto o dos serviços públicos.

Com essas ligeiras observações, eu perfilho o entendimento do eminente relator para negar provimento ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, eu pedi ao eminente procurador-geral da República que me desse, porque me escapara, o exato número do recurso extraordinário, porque Sua Excelência fez referência a acórdão oriundo da Segunda Turma, da qual participo, e que consagrava tese que jamais admiti. E verifiquei com conforto que eu não compusera a Turma julgadora nesse caso.

Realmente, acho que o eminente relator – e o cumprimento por isso – deu, a meu ver, o exato alcance da interpretação do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, que tem até explicação histórica algo interessante. É que, perante a Constituição anterior, que não continha regra exata a respeito, sempre se discutiu sobre a extensão da responsabilidade civil do Estado às empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. E, aí, se chegou à conclusão óbvia de que negar a responsabilidade de tais empresas constituiria espécie de fraude em dano das vítimas, porque, se o Estado prestasse o serviço e ocasionasse o dano, responderia. E, quando transfere a prestação a terceiro, as vítimas não teriam remédio jurídico adequado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Dependeria das acidentalidades.

O sr. ministro Cezar Peluso: Exatamente. Em alguns casos, como a prestação de serviço era exercida pelo Estado, a vítima era indenizada; e o dano, reparado. Nos casos em que o serviço fosse prestado por terceiro, por concessionário ou permissionário, não o era, o que figurava absurdo em termos jurídicos e práticos. Daí a redação dada na Constituição atual, em que, a meu ver, com o devido respeito, o termo "terceiro" não é posto para distinguir entre usuário e não usuário; "terceiro", na norma, diz respeito a quem não seja o próprio Estado

ou o concessionário do serviço público. Isto é, o dano causado por agente do concessionário a si mesmo não tem relevância, mas o causado a terceiro a tem.

É o caso. Foi o dano causado a terceiro, de modo que não importa saber se esse terceiro é usuário ou não. Diria mais: nos casos de não usuário, a responsabilidade é mais exigível, pois, sobretudo nas hipóteses de transporte, a responsabilidade contratual seria suficiente, pois a obrigação do transportador é levar o transportado são e salvo. De modo que, se não leva, responde do mesmo modo, com base na responsabilidade civil objetiva, ou com base na responsabilidade contratual!

O sr. ministro Cezar Peluso: Exatamente. Seria inútil. Na verdade, o que a Constituição preceitua é assegurar a quem sofra dano causado pelo Estado, ou por quem, em nome dele, presta serviço público, a reparação por responsabilidade objetiva.

E, no caso, realmente fiquei, à primeira vista, impressionado com a sentença de primeira instância, que não encontrou nexo causal. Mas o acórdão é textual a respeito, não apenas na ementa, mas em várias passagens:

> A rigor [palavras do relator] não encontro nos autos elementos suficientes para afirmar, de maneira conclusiva, que a culpa do acidente foi única e exclusivamente da vítima.

Depois, um pouco mais adiante:

> De maneira análoga [após citar acórdão do Superior Tribunal de Justiça], no caso em apreço, no qual não há prova concludente de responsabilidade exclusiva da vítima, infere-se que a empresa de transporte responde objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade.

Ora, nexo causal é, pura e simplesmente, a relação de causa e efeito entre a ação do concessionário e o dano sofrido. Esse nexo só é rompido em três hipóteses: quando há caso fortuito, ou força maior, ou quando há culpa exclusiva da vítima. Quando não ocorre nenhum desses três fatos, o nexo causal é presente. Por quê? Porque o dano só pode ser imputado à ação do prestador de serviço. E foi o que sucedeu no caso, pois o acórdão negou tanto força maior e caso fortuito, como, igualmente, a culpa exclusiva da vítima.

Razão por que acompanho o voto do relator, além de o cumprimentar pelo brilhante voto, que de uma vez firma o princípio correto na interpretação do dispositivo constitucional.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, começo por fazer justiça a quem ingressou no Tribunal comigo, o redator do acórdão citado.

Esse acórdão precisa ser lido e relido.

Sua Excelência, o ministro Carlos Velloso, não puxou votação no sentido de restringir quer a responsabilidade do Estado, quer a responsabilidade daquele que lhe faça as vezes no serviço público aos usuários. Não, não, Sua Excelência não cometeria essa heresia. Sua Excelência estabeleceu distinção considerada a prática de ato lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo.

É um acórdão que precisa ser realmente perquirido na essência, no que ele encerra.

Todos estamos de acordo com comezinhas noções de responsabilidade do Estado (gênero), ou da concessionária ou permissionária.

Efetivamente, tem-se o § 6º do art. 37 a alcançar – diria – todo e qualquer cidadão, com o emprego, inclusive, nesse parágrafo, do vocábulo terceiro. Não há a utilização do vocábulo usuário.

Também estamos de acordo com a necessidade de, para chegar-se à responsabilidade do Estado ou à da prestadora do serviço, ter-se certo nexo de causalidade.

Não me impressiona, senhor presidente, o enquadramento jurídico contido no acórdão impugnado mediante o extraordinário, já que estamos aqui a examinar o acerto ou desacerto do que decidido na origem, a partir das premissas fáticas desse mesmo acórdão. Eis as premissas fáticas, não segundo o juízo que julgou improcedente o pedido inicial, mas segundo o redator do acórdão, o relator desembargador Josué de Oliveira:

> 1. Narrativa dos fatos.
>
> De acordo com o laudo de vistoria em local de acidente de tráfico com vítima fatal, elaborado pelo Instituto de Criminalística (f. 20-25) e juntado com a inicial, por volta das 11h30 do dia 14 de novembro de 1998, pela Rua Pintassilgo, nesta capital, via de trânsito em regime de mão dupla de direção, com pavimentação de material areno-argiloso-pedregoso (sem asfalto), em sofrível condição de trafegabilidade, deslocava-se o ônibus 2107 da Viação São Francisco, com velocidade em torno de 18 km/h [uma velocidade, portanto, baixa; a velocidade permitida era de 40 km/h].
>
> Pela mesma rua, nas proximidades do imóvel n. 30, a vítima empurrava sua bicicleta quando, ao ser ultrapassada pelo ônibus, que vinha no mesmo sentido de tráfego, caiu [não foi atropelada – e, aqui, há uma história, não vou adentrar esse campo, ela gostava de tomar uma cerveja de vez em quando] caiu sob o veículo, por motivos alheios ao conhecimento do perito criminal, vindo o ônibus a passar com o rodado traseiro [quer dizer, caiu da metade do ônibus para trás] da lateral direita sobre sua cabeça.
>
> A respeito do ônibus, esclarece o laudo que, à simples inspeção ocular, não foram encontradas avarias relacionadas com o atropelamento, caracterizando que o impacto foi somente contra corpo flácido.
>
> A seu turno, a bicicleta não possuía avarias visíveis que indicassem que tenha sido atingida quando da colisão contra o ônibus.

E ele conduzia a bicicleta sem estar nela montado.

Em conclusão, quanto à faticidade – e é importante esta conclusão para definir-se se houve realmente a revelação do nexo de causalidade –, o laudo

aponta como causa determinante do acidente a queda da vítima – quem sabe uma vertigem – sob as rodas do ônibus. Ela caiu sob as rodas traseiras do ônibus, não ficando elucidado o motivo dessa queda.

Senhor presidente, não posso, diante desses parâmetros factuais, concluir que se tem, nesse acórdão, só porque se afirmou que não houve culpa exclusiva da vítima, só porque se potencializou, a mais não poder, a responsabilidade objetiva, existente o nexo de causalidade.

Peço vênia ao relator para conhecer e prover o recurso.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), creio que Vossa Excelência não precisa pedir vênia, porque estamos de acordo quanto à extensão da responsabilidade. Só que aponto inexistente nexo de causalidade. Se Vossa Excelência concluísse da mesma forma, daria provimento também ao recurso.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu também, senhores ministros, já me manifestara quando do julgamento do RE 262.651, da relatoria do ministro Carlos Velloso, em sentido diverso àquele que agora a Corte vem a adotar, com base nos fundamentos que Sua Excelência houve por bem lançar. Mas entendo que a questão realmente deve ser reexaminada. Aquela jurisprudência, se consolidada em toda a extensão, envolveria uma redução teleológica da norma constante do § 6º do art. 37, que não é exatamente o seu intuito, que é um intuito protetivo, como acaba de ser destacado inclusive pelo ministro Marco Aurélio, que aqui apenas reconhece não haver o nexo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Creio afirmarmos todos que a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, dependendo da situação jurídica.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, se é assim, o Estado fica como segurador universal.

O sr. ministro Celso de Mello: É interessante **observar** que a Lei federal 8.987/1995, **que dispõe** sobre a disciplina jurídica da delegação de prestação de serviços públicos, **contém** um artigo, **o art. 25**, que, na verdade, **representa**, no plano legal, **a própria solução normativa** do conflito que se estabeleceu neste caso.

O art. 25 da Lei 8.987/1995 **assim dispõe**:

> ***Art. 25***. ***Incumbe*** *à* ***concessionária*** *a execução do serviço concedido,* ***cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados*** *ao poder concedente, aos usuários* ***ou a terceiros****, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua* ***ou*** *atenue essa responsabilidade.* [**Grifei**.]

O sr. ministro Carlos Ayres Britto: Aí o regime normativo está perfeito, completo.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É verdade. E eu anoto, na linha da doutrina, também já amplamente citada, dos vários trabalhos aqui citados a partir do entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, entre tantos outros que já foram aqui mencionados, cito também o trabalho do nosso colega da UnB, professor Lucas Rocha Furtado, no seu *Curso de direito administrativo*, no mesmo sentido.

Também entendo que, diante da controvérsia suscitada a partir do voto do ministro Marco Aurélio, o Tribunal, com base nos dados fáticos colhidos, entendeu que não havia nenhuma das excludentes que poderia eventualmente descaracterizar a responsabilidade objetiva. Portanto, não estamos mudando a doutrina da responsabilidade objetiva quanto à teoria do risco administrativo.

Nesse sentido, portanto, o meu voto é para negar provimento ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que entendeu pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não usuário do serviço. Concluiu-se que a empresa de transporte coletivo responde objetivamente por dano ocasionado a ciclista, seja por se tratar de empresa concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade.

Alega-se ofensa aos arts. 37, § 6º, e 93, IX, da CF, destacando-se a inaplicabilidade da responsabilidade objetiva aos acidentes de trânsito envolvendo ônibus coletivo de empresas concessionárias de serviço público e pessoas não passageiras, isto é, não acobertadas pelo contrato de transporte.

A repercussão geral foi reconhecida (fl. 409).

Inicialmente, reconheço que, nos autos do RE 262.651-1/SP, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-5-2005, acompanhei o relator para firmar a tese de que

> A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentam a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Para o ministro Velloso, a conclusão se justificaria em razão de o serviço ser prestado por pessoa jurídica de direito privado, e não pelo "poder público em sentido estrito":

> Tratando-se, entretanto, de delegação do Estado para a prestação de serviço público que pode ser remunerado por preços e tarifas – serviço público, portanto, não inerente à soberania estatal e, comumente, não essencial e, portanto, não obrigatório – serviço público prestado por permissionário ou concessionário, a matéria

deve ser visualizada de forma especial. Neste caso, as despesas decorrentes da reparação do dano devem ser repartidas entre os que utilizam o serviço. Noutras palavras, a responsabilidade objetiva dá-se relativamente ao usuário do serviço, e não quanto a quem não está recebendo o serviço.

Todavia, melhor reexaminando a questão, entendo que tal diferenciação não repercute na matéria afeta à responsabilidade objetiva.

De fato, a natureza do serviço – serviço público – não se altera em razão de o concessionário ser o responsável pela execução da atividade. Aliás, a titularidade do serviço permanece com o poder concedente, no caso, o Estado.

Por outro lado, o dispositivo constitucional que garante a responsabilidade objetiva, além de não fazer a distinção cogitada pelo eminente ministro Velloso, revela, na verdade, ampla proteção àqueles que sofrem danos decorrentes da prestação de serviços públicos, independentemente de se tratar da administração direta, indireta ou, ainda, dos chamados agentes colaboradores do Estado (permissionários e concessionários de serviços públicos). Eis o comando constitucional:

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

Lucas Furtado, ao analisar o dispositivo, esclarece a questão:

> Assim sendo, parece-nos que o único critério apontado pela Constituição Federal como referencial para delimitar a responsabilidade civil objetiva dessas entidades está relacionado à prestação do serviço público. Ou seja, se o texto constitucional confere às pessoas jurídicas de Direito Privado responsabilidade objetiva em razão da prestação dos serviços públicos, sempre que o desempenho dessa atividade causar prejuízo aos usuários **ou a terceiros não usuários, ela responde de forma objetiva**.
>
> Deve ser relembrado que o fundamento teórico da responsabilidade civil objetiva é o denominado risco administrativo, que está diretamente relacionado à prestação dos serviços públicos. Quem quer que preste o serviço público – é essa a regra constitucional – assume a responsabilidade objetiva. Neste aspecto, ademais, o texto constitucional distingue a responsabilidade extracontratual das pessoas de Direito Público, que respondem objetivamente em qualquer situação, das pessoas de Direito Privado, que somente assumem responsabilidade objetiva quando prestam serviços públicos. [FURTADO, Lucas. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1041.] [Grifos nossos.]

Evidente, portanto, que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos limita-se ao exercício de tal atividade; em outras palavras, caso a empresa cause dano a terceiros em razão

de conduta não relacionada à prestação de serviço público, descaberá qualquer menção à responsabilidade objetiva.

Por fim, o nexo causal e o dano devem ser plenamente demonstrados.

No caso, a morte do ciclista decorreu do impacto com o veículo de transporte coletivo da prestadora do serviço público, conforme demonstra a ementa do acórdão recorrido:

> 1. À míngua de prova de que o acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo, com morte do ciclista, deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, a empresa responderá objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade. [Fl.]

Em reexame de meu ponto de vista, acolho, enfim, a tese do cabimento da responsabilidade objetiva em relação à empresa privada prestadora de serviço público.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

É o voto.

AGRADECIMENTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Senhores ministros, registro, mais uma vez, os agradecimentos do Tribunal ao esforço desenvolvido pelo eminente procurador-geral no sentido de dar consecução ao julgamento.

Sabemos nós todos a importância, hoje, de ter sequência o julgamento dos casos com repercussão geral, porque não estamos julgando apenas o recurso extraordinário, mas definindo o tema em toda a sua amplitude.

Gostaria, inclusive, de lembrar, nos antecedentes históricos deste tipo de situação de *hard case* para a Procuradoria-Geral, o julgamento, na época, do MS 16.512 – isto se deu em 1966 –, quando se impugnou, por mandado de segurança, uma resolução do Senado, que revogava uma outra resolução, a qual suspendia um ato declarado inconstitucional pelo Supremo – o modelo da suspensão, hoje, do art. 52, X.

E aí veio, então, o mandado de segurança e o Tribunal arrostou essa questão e disse: O mandado de segurança não é instrumento para impugnar lei ou ato normativo. Tratava-se de um mandado de segurança contra lei ou ato normativo.

Então converteu este mandado de segurança – porque o julgamento já estava iniciado – em representação. E o procurador-geral Alcino Salazar, então, naquela assentada, fez a manifestação que, a rigor, convertia o mandado de segurança numa representação.

De modo que eu gostaria de fazer esta homenagem justa ao procurador-geral da República.

EXTRATO DA ATA

RE 591.874/MS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. (Advogados: Cid Eduardo Brown da Silva e outros). Recorridos: Justa Servin Franco e outros (Advogados: Adelmar Demerval Soares Bentes e outros). Interessados: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais (Advogados: Danny Fabricio Cabral Gomes e outros) e Bradesco Auto Re Cia. de Seguros.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, vencido o ministro Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Gilmar Mendes. Colhido o parecer do procurador-geral da República. Ausentes, licenciados, os ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 598.099 — MS

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul — Recorrido: Rômulo Augusto Duarte — Interessados: União e Município do Rio de Janeiro

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados.

I – Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II – Administração pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da administração pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da administração pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III – Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo Poder Judiciário. Quando se afirma que a administração pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração

a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da administração pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da administração pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV – Força normativa do princípio do concurso público. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo poder público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da administração pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o poder público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V – Negado provimento ao recurso extraordinário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 10 de agosto de 2011 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, reconhecendo o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público, deu provimento a recurso ordinário em mandado de segurança, para determinar a nomeação do candidato, com a seguinte ementa:

> *Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Candidato aprovado entre as vagas previstas no edital. Direito líquido e certo. Recurso provido.*
>
> 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo.
>
> 2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes.
>
> 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, vem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público.
>
> 4. Precedentes desta Corte Superior: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG.
>
> 5. Recurso ordinário provido. [Fl. 126.]

No caso, cuida-se de concurso público de provas para o cargo de agente auxiliar de perícia do Estado de Mato Grosso do Sul, de acordo com o Edital de Publicação 001/2004 – SEGES/SEJUSP/PC. O certame foi homologado em 27 de dezembro de 2006 e tinha prazo de validade de um ano, prorrogável por igual período.

O recorrido foi aprovado dentro do número de vagas estabelecido no edital, mas não foi nomeado pelo ora recorrente.

Sustenta-se, em síntese, que o acórdão recorrido viola o art. 37, IV, da Constituição Federal, bem como o princípio da eficiência previsto no *caput* desse artigo.

Alega-se, também, que a nomeação do candidato por decisão judicial gera preterição na ordem de classificação dos demais aprovados.

Defende-se, ainda, o não cabimento de mandado de segurança, por ausência de direito líquido e certo.

Esses autos foram levados ao plenário virtual, pelo então relator ministro Menezes Direito, oportunidade em que o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Em parecer de fls. 264 a 266, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do recurso, afirmando que há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas especificadas no edital.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A questão central a ser discutida nestes autos é se o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas possui direito subjetivo, ou apenas expectativa de direito, à nomeação.

Não é de hoje que esta Corte debate acerca do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Na sessão plenária de 13-12-1963, foi aprovada a Súmula 15, cuja redação é a seguinte:

> Dentro prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Dos precedentes que originaram essa Súmula (ACi 7.387-embargos, rel. min. Orozimbo Nonato, *DJ* de 5-10-1954; RMS 8.724, rel. min. Candido Motta Filho, *DJ* de 8-9-1961; RMS 8.578, rel. min. Pedro Chaves, *DJ* de 12-4-1962), extrai-se que a aprovação em concurso dentro das vagas não confere, por si só, direito à nomeação no cargo.

Assim, pelo menos desde 1954, a Corte já afirmava a mera expectativa de direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, transformando essa expectativa em direito subjetivo apenas quando houvesse preterição na ordem de classificação.

Daí em diante, a jurisprudência tem sido no sentido de que a aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo-se em mera expectativa de direito. Nesse sentido cito: RE 306.938-AgR, rel. min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 11-10-2007; RE 421.938-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 2-6-2006, este último assim ementado:

> Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15/STF. Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação: precedentes. O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da administração federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si

só, a prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão.

A orientação predominante desta Corte, não obstante, reconhece o direito à nomeação no caso de preterição da ordem de classificação, inclusive quando provocada por contratação precária.

No recente julgamento da SS 4.196-AgR, rel. min. Cezar Peluso, *DJE* de 27-8-2010, o Plenário desta Corte, por decisão unânime, entendeu que não causa grave lesão à ordem pública a decisão judicial que determina a observância da ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar preterição de concursados pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade do serviço. O acórdão restou assim ementado:

> *Servidor público. Concurso público.* Cargo. Nomeação. Preterição da ordem de classificação e contratação precária. Fatos não demonstrados. Segurança concedida em parte. Suspensão. Indeferimento. Inexistência de lesão à ordem pública. Agravo regimental improvido. Não há risco de grave lesão à ordem pública na decisão judicial que determina seja observada a ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar preterição de concursados pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade do serviço.

Cito também julgados com votações unânimes das duas Turmas da Corte: AI 777.644-AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, decisão unânime, *DJE* de 14-5-2010; e AI 440.895-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, decisão unânime, *DJ* de 20-10-2006, este último assim ementado:

> Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. 2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279.

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do STF, a nomeação de pessoa não aprovada em concurso configura preterição na ordem de classificação, em detrimento de candidato regularmente aprovado.

A jurisprudência do STF, portanto, tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação apenas nas referidas hipóteses: preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constam da lista classificatória de aprovados no certame público.

Divergindo da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Primeira Turma desta Corte teve a oportunidade de afirmar que candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a existir no prazo de validade do concurso. Assim foi o julgamento do RE 227.480, relatora para o acórdão ministra Cármen Lúcia, *DJE* de 21-8-2009, do qual se extrai a seguinte ementa:

Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Art. 37, II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da administração pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Na oportunidade, a eminente ministra Cármen Lúcia sustentou que "há o direito subjetivo à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital".

Alegou, ainda, que não se trata de direito adquirido, mas de direito líquido e certo, porquanto "o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da administração que o impeça e, então, não haveria um ilícito da administração". Afirmou também que, caso não haja recursos, e ainda assim a administração lance um edital de concurso, haveria de se responsabilizar o administrador, e não o candidato.

Importante destacar que ficou consignado nesse voto que "a administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas".

Apesar de não encampar a tese do direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, o ministro Ricardo Lewandowski fez consignar que não pode a administração simplesmente deixar de nomear candidato aprovado sem nenhuma motivação.

O ministro Ayres Britto, acompanhando a divergência inaugurada pela ministra Cármen Lúcia, defendeu que "os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso, para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados, ou o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado".

Afirmou, também, que alterações fáticas podem ensejar mudança de planos, mas esta deve vir acompanhada de uma justa causa. O que descaracterizaria o direito adquirido à nomeação.

Na ocasião, o ministro Marco Aurélio também votou no sentido de que há direito subjetivo à nomeação.

Já há, inclusive, decisão monocrática afirmando esse entendimento. Cito o RE 633.008, relatora a ministra Cármen Lúcia, *DJE* de 17-12-2010, do qual se extrai o seguinte trecho:

> Recurso extraordinário. Administrativo. Aprovação em concurso no número de vagas. Direito subjetivo à nomeação para cargo. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. Recurso ao qual se nega seguimento.

Recentemente, no RE 581.113, relator o ministro Dias Toffoli, julgado em 5-4-2011 e noticiado no *Informativo* 622, a Primeira Turma desta Corte reiterou esse entendimento.

Nesse último caso, o ministro relator consignou que os recorrentes foram aprovados fora do número de vagas previstas no edital.

Contudo, por ocasião do surgimento de novas vagas pela Lei 10.842/2004, o TRE de Santa Catarina utilizava-se de servidores cedidos por outros órgãos da administração.

Assim, nota-se que, nesse caso, o direito subjetivo surgiu em decorrência da preterição, uma vez que havia candidatos aprovados em concurso válido. O que não se tem admitido é a obrigação da administração pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder dessa forma seria engessar a administração pública, que perderia sua discricionariedade quanto à melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos.

Na sessão plenária de 3-2-2011, ao julgar o MS 24.660, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto condutor da ministra Cármen Lúcia, concedeu a segurança em caso em que se discutia o direito à nomeação da impetrante no cargo de promotora da Justiça Militar, em razão da improcedência da fundamentação apresentada pela administração.

Nesse julgamento, a ministra Cármen Lúcia, ao tratar do art. 37, IV, da Constituição Federal, ressaltou que, "nos termos constitucionalmente postos, não inibe a abertura de novo concurso a existência de candidatos classificados em evento ocorrido antes. O que não se permite, no entanto, no sistema vigente, é que, durante o prazo de validade do primeiro, os candidatos classificados para os cargos na seleção anterior sejam preteridos por aprovados em novo certame".

Citou, ainda, o magistério do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Como o texto (constitucional) correlacionou tal prioridade ao mero fato de estar em vigor o prazo de validade, segue-se que, a partir da Constituição, *em qualquer concurso os candidatos estarão disputando tanto as vagas existentes quando de sua abertura, quanto as que venham a ocorrer ao longo do seu período de validade, pois, durante esta dilação, novos concursados não poderiam ocupá-los com postergação dos aprovados em concurso anterior.* [Grifei.]

Nessa linha de raciocínio, que segue o caminho dessa nítida evolução da jurisprudência desta Corte, entendo que o dever de **boa-fé** da administração pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à **segurança jurídica** como princípio do Estado

de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como **princípio de proteção à confiança**.

Como esta Corte tem afirmado em vários casos, o tema da segurança jurídica é pedra angular do **Estado de Direito** sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança:

> O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica. [*Derecho justo*: Fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985. p. 91.]

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé. Diz:

> Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público. [*Derecho Justo*: Fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985. p. 95 e 96.]

Quando a administração pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da administração pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Ressalte-se, no tocante ao tema, que a própria Constituição, no art. 37, IV, garante prioridade aos candidatos aprovados em concurso, nos seguintes termos:

> (...) durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Assim, é possível concluir que, dentro do prazo de validade do concurso, a administração poderá escolher *o momento* no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um *direito* do concursando aprovado e, dessa forma, um *dever* imposto ao poder público.

De fato, se o edital prevê determinado número de vagas, a administração vincula-se a essas vagas, uma vez que, tal como já afirmado pelo ministro Marco Aurélio em outro caso, "o edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e administração pública" (RE 480.129/DF, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJ* de 23-10-2009). Nesse sentido, é possível afirmar que, uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um *dever de nomeação* para a própria administração e, portanto, um *direito à nomeação* titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Esse direito à nomeação surge, portanto, quando se realizam as seguintes condições fáticas e jurídicas:

a) previsão em edital de número específico de vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso público;

b) realização do certame conforme as regras do edital;

c) homologação do concurso e proclamação dos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, em ordem de classificação, por ato inequívoco e público da autoridade administrativa competente.

O **direito à nomeação** constitui um típico *direito público subjetivo* em face do Estado, decorrente do princípio que a ministra Cármen Lúcia, em obra doutrinária, cunhou de **princípio da acessibilidade aos cargos públicos** (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143). Na ordem constitucional brasileira, esse princípio está fundado em alguns princípios informadores da organização do poder público no Estado Democrático de Direito, tais como:

a) o *princípio democrático de participação política*, que impõe a participação plural e universal dos cidadãos na estrutura do poder público, na qualidade de servidores públicos;

b) o *princípio republicano*, que exige a participação efetiva do cidadão na gestão da coisa pública;

c) o *princípio da igualdade*, que prescreve a igualdade de oportunidades no acesso ao serviço público.

Nesses termos, a acessibilidade aos cargos públicos constitui um **direito fundamental expressivo da cidadania**, como bem observou a ministra Cármen Lúcia na referida obra.

Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do ***status activus*** **dos cidadãos**, conforme a conhecida "teoria dos *status*" de Jellinek.

A existência de um direito à nomeação, nesse sentido, limita a discricionariedade do poder público quanto à realização e gestão dos concursos públicos. Respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da administração resume-se ao **momento** da nomeação, nos limites do prazo de validade do concurso.

Não obstante, quando se diz que a administração pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de *situações excepcionalíssimas* que justifiquem *soluções diferenciadas*, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.

Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da administração pública de nomear novos servidores. Para justificar o **excepcionalíssimo** não cumprimento do dever de nomeação por parte da administração pública, uma vez já preenchidas as condições acima delineadas, **é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características**:

a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital do certame público. Pressupõe-se com isso que, ao tempo da publicação do edital, a administração pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso.

b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a administração pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras do edital.

c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da administração pública.

d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária. Isso quer dizer que a administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Em outros termos, pode-se dizer que essa medida deve ser sempre a *ultima ratio* da administração pública.

Tais características podem assim servir de **vetores hermenêuticos** para o administrador avaliar, com a devida cautela, a real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação.

De toda forma, o importante é que essa recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas seja **devidamente motivada** e, dessa forma, seja **passível de controle pelo Poder Judiciário**.

Ressalte-se que o dever da administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas **apenas àquelas expressamente previstas no edital de concurso**. Isso porque cabe à administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos.

Se a administração, porém, decide preencher aquelas vagas por meio do necessário concurso, o princípio da boa-fé impõe-se: as vagas devem ser preenchidas pelos aprovados no certame.

Quanto à alegação de que a nomeação por determinação judicial implica preterição na ordem de classificação dos demais aprovados, o recorrente tampouco tem razão. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se configura preterição quando a administração realiza nomeações em observação a decisão judicial. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: RE 594.917-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 25-11-2010; AI 620.992-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, decisão unânime, *DJE* de 29-6-2007; RE 437.403-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, decisão unânime, *DJ* de 5-5-2006.

No que se refere à alegação de indisponibilidade financeira para nomeação de aprovados em concurso, o Pleno afirmou a presunção de existência de disponibilidade orçamentária quando há preterição na ordem de classificação, inclusive decorrente de contratação temporária. Nesse sentido, cito a ementa da SS 4.189-AgR, relator o ministro Cezar Peluso, *DJE* de 13-8-2010:

> *Servidor público.* Cargo. Nomeação. Concurso público. Observância da ordem de classificação. Alegação de lesão à ordem pública. Efeito multiplicador. Necessidade de comprovação. Contratação de temporários. Presunção de existência de disponibilidade orçamentária. Violação ao art. 37, II, da Constituição Federal. Suspensão de segurança indeferida. Agravo regimental improvido. Não há risco de grave lesão à ordem pública na decisão judicial que determina seja observada a ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar a preterição de concursados pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade do serviço.

Destaque-se que as vagas previstas em edital já pressupõem a existência de cargos e a previsão na lei orçamentária, razão pela qual a simples alegação de indisponibilidade financeira, desacompanhada de elementos concretos, tampouco retira a obrigação da administração de nomear os candidatos aprovados.

Também não incide, na espécie, o óbice do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009. Assim é a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o pedido de nomeação e posse em cargo público para o qual o candidato fora aprovado em concurso público, dentro do número de vagas, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu. Nessa toada, cito a Rcl 6.138, relatora a ministra Cármen Lúcia, decisão unânime deste Plenário, *DJE* de 18-6-2010, assim ementado:

Reclamação. Tutela antecipada em mandado de segurança. Nomeação de candidata aprovada em concurso público dentro do número de vagas. Descumprimento da decisão proferida na medida cautelar na ADC 4/DF. Inocorrência. Reclamação improcedente. 1. O pedido de nomeação e posse em cargo público para o qual a candidata fora aprovada em concurso público, dentro do número de vagas, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu. 2. As consequências decorrentes do ato de nomeação não evidenciam desrespeito à decisão proferida nos autos da ADC 4/DF. Precedentes. 3. Reclamação julgada improcedente, prejudicado o exame do agravo regimental.

Em síntese, entendo que a administração pública está vinculada às normas do edital, ficando inclusive obrigada a preencher as vagas previstas para o certame dentro do prazo de validade do concurso. Essa obrigação só pode ser afastada diante de excepcional justificativa, o que, no caso, não ocorreu.

Por fim, deixo consignado que esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a **força normativa do princípio do concurso público**, que vincula diretamente a administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo poder público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos.

O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da administração pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.

O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o poder público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário para manter o acórdão recorrido.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, tanto quanto se pode depreender do brilhante voto, como de sempre, do ministro Gilmar Mendes, destaca Sua Excelência que o mundo da administração pública não é um mundo do domínio da vontade, senão o mundo da finalidade pública. Ora, se a administração pública abriu o edital, estabeleceu o número de vagas, elaborou o concurso e as pessoas foram aprovadas, segundo o voto do ministro Gilmar, esses candidatos aprovados, com essa previsibilidade da administração, têm o direito à nomeação.

Evidentemente houve uma mudança de paradigma porque outrora a administração poderia eventualmente ter essa discricionariedade de nomear ou não, mas a proposta do ministro Gilmar – proposta que está de acordo com os novos paradigmas do direito administrativo – é que, em princípio, aprovado num concurso previamente também chancelado pela administração pública, o candidato tem o direito à nomeação, salvo um fato superveniente, então, inverte-se o ônus. A administração vai ter que motivar por que não nomeia.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Não há uma linha sequer no acórdão do Superior Tribunal de Justiça apontando obstáculo socialmente aceitável para a administração pública deixar de nomear.

O sr. ministro Luiz Fux: E, por outro lado, quer dizer, sempre se aduziu a eficiência do Estado, se mobiliza para fazer um concurso, mas, depois, ele verifica se há necessidade ou não de nomear.

Agora, há uma inversão do paradigma: o candidato tem o direito à nomeação e o Estado tem o dever de motivar por que não o faz. Tanto mais que, se analisarmos o empenho humano, os candidatos se empenham a abrir mão de diversas coisas da sua vida pessoal para poderem se empenhar física e espiritualmente em prol do concurso que querem realizar. Aí, já recaímos até no campo de direitos fundamentais mesmo da pessoa humana, conquanto o seja, também, o candidato de um concurso público.

Eu também, para não fugir a essa doutrina e à fidelidade da jurisprudência lavrada pela ministra Cármen Lúcia, trago à colação da nossa Turma, ministro Marco Aurélio, um acórdão da lavra de Sua Excelência a ministra Cármen Lúcia que tem três tópicos muito claros:

> 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.
>
> 2. A recusa da administração pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

É nesse sentido, também, que voto e acompanho o relator, ministro Gilmar Mendes, parabenizando-o pela profundidade do voto, enfrentando todas as eventuais objeções que se poderia lançar a esse direito dos candidatos à nomeação em concurso.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, também acompanho o eminente relator. Penso que Sua Excelência trouxe a solução correta no sentido de permitir ao Estado que, justificadamente, deixe de nomear, em razões excepcionais, como, inclusive, havia sido destacado, da tribuna, pela nobre advogada da União. No caso, não há essa justificativa, não há nenhuma excepcionalidade.

Tive oportunidade de relatar, na Turma, o RE 581.113, de Santa Catarina. Naquele caso, havia uma especificidade, ministro Gilmar, porque, embora as vagas tenham surgido em decorrência de lei posterior, ou seja, a lei foi editada após a realização do concurso, que ainda estava no prazo de validade, ali se tratava de substituição de requisitados para a Justiça Eleitoral. A justificativa do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional pelo então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, meu predecessor nessa cadeira, o eminente ministro Sepúlveda Pertence, era exatamente a necessidade de se cumprir ordem do Tribunal de Contas da União no sentido de se acabar com a figura dos servidores requisitados na Justiça Eleitoral, de modo que ela tivesse carreira própria. Aprovada a lei, houve uma deliberação administrativa do Tribunal Superior Eleitoral determinando aos TREs que nomeassem aqueles que estivessem aprovados em concurso. Então, ali havia, inclusive, uma determinação administrativa do órgão superior da Justiça Eleitoral aos tribunais regionais eleitorais. Embora a vaga tenha surgido no decorrer do concurso, após a realização do concurso, havia uma soma: além daquele cidadão – o impetrante no mandado de segurança – ter demandado na Justiça a sua nomeação, havia uma ordem da administração superior para que se aproveitassem aqueles concursos e aquelas vagas. Então, havia ali uma excepcionalidade bastante clara, no sentido de terem sido aproveitadas vagas abertas após o edital, por conta da lei que veio a ser aprovada exatamente para pôr fim à figura dos requisitados.

No mais, acompanho Vossa Excelência inteiramente, com os acréscimos já efetuados pelo eminente ministro Luiz Fux.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, não só vou acompanhar o ministro Gilmar Mendes, agradecendo as citações que foram feitas com remissões a textos meus.

Concordo, realmente, com a conclusão. E queria apenas lembrar algumas coisas. Primeiro: eu não acredito em poder discricionário na administração, acho isso uma coisa velha, com todo respeito pelos que pensam que ainda existe, mas há algum tempo o direito não comporta mais este tipo de atribuição. Como disse o ministro Gilmar, entre a tal discricionariedade de outros tempos e o arbítrio praticamente não há diferença. Acho que todo ato administrativo tem algum elemento de discricionariedade, o que é muito diferente de o administrador dispor de um poder discricionário. Acho que, na verdade, tudo o que foi citado gentilmente pelo ministro Gilmar, eu reafirmo; apenas mudei alguns pontos que não alteram a conclusão.

Quando pensei sobre tema, há quinze anos, centrei em que o princípio da segurança jurídica era fundamental para nós que fazemos concurso. Quer dizer, eu sempre disse que se eu vou fazer um concurso – como no meu caso, quando fiz o concurso para procuradora –, o candidato não pode chegar dez minutos atrasado, porque fecha o portão, deve apresentar o documento, etc. Significa dizer

que tenho de ser responsável, séria e compenetrada. E a administração pode ser leviana comigo? Deixar-me seis meses esperando para depois saber se vai ou não tomar a atitude que ela disse que iria, qual seja, a de nomear o aprovado?

O sr. ministro Marco Aurélio: E Vossa Excelência foi convocada para assumir o cargo.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Pois é, mas, de todo jeito, isso fica no ar, porque você pode ter outras opções, etc. Enfim, o que hoje penso é que, além do princípio da segurança jurídica, há o direito subjetivo, que não é um direito líquido e certo linear, que pode aparecer e ser demonstrado apenas no caso concreto; o que há, a meu ver, é um direito subjetivo do candidato aprovado no concurso. E digo isso com base no princípio – que Vossa Excelência citou, da confiança –, mas que se embasa também no princípio da moralidade. Explico por quê. Acho que essa é uma das demonstrações de ética da administração, ética com o servidor e ética com a sociedade. Porque imaginem Vossas Excelências o seguinte: um grupo de pessoas faz um concurso público – no meu concurso eram 1.581 candidatos, se bem me lembro e havia dez vagas –, aprovados esses dez, ficam eles esperando, e um dia pedem audiência ao senhor governador ou ao senhor secretário, e ele diz: "Olha, eu não sei se eu vou ou não vou nomear. Convençam-me." Isso é paralelo ao que se passa numa licitação em que se diz que ao licitante vencedor não se reconhece direito algum. Isto é uma porta aberta para que este convencimento se passe procurando-se não adequar o que foi comprovado, mas, de alguma forma, demonstrar que nós somos aptos, e que isto é bom. Enfim, eu acho que isso é uma porta aberta até para a corrupção, em alguns casos: de que se vai agradar, de que se vai poder fazer. Então, hoje, eu centro esse direito subjetivo no cidadão, e não no concursado, porque acho que é uma questão realmente de valorizar o princípio da moralidade administrativa. A administração tem que ser moral, ética em todos os seus comportamentos, e não acredito em uma democracia que não viva do princípio da confiança do cidadão na administração. A não nomeação desmotivada é uma quebra da confiança. A gente vive em estado de desconfiança durante todo o período em que espera.

Em segundo lugar, eu acho que a motivação compõe o ato administrativo, é elemento que o compõe para validá-lo; portanto, quando se deixa de fazer o que é o próprio, no caso, que seria a nomeação, para o qual se convocou a sociedade, é preciso que a motivação seja, neste caso, expressa, e é preciso que ela seja suficiente; não basta dizer que se tem previsão orçamentária, mas que não se vai aplicar, porque, para servidores públicos, não basta ter verbo, é preciso ter verba. É preciso realmente se saber que, quando se abriu aquele concurso, se sabia da necessidade, que se podia pagar e em que condições.

É certo que pode haver superveniência de situações – foi citado da tribuna e eu me lembro muito bem, como procuradora, o quanto sofri com isso –, por exemplo, da Emenda 14. Havia concursos públicos para professores de segundo grau abertos em todos os lugares do Brasil, veio a Emenda 14 e afirmou-se não ser mais dos entes estaduais a competência para a prestação destes serviços. Passaram eles aos municípios. Vai-se nomear quarenta, cinquenta mil pessoas

para que cargo? O cargo deixou de existir. Exatamente o que ministro Gilmar enfatizou.

Penso que esse encaminhamento é normal; quer dizer, houve um tempo em que ninguém tinha direito ao concurso, concurso era só uma proposta; houve o tempo em que se reconhecia que, se houvesse a preterição, surgiria o direito, que prevaleceu durante muito tempo aqui e que deu origem à Súmula 15. E, hoje, não é mais assim: há de se reconhecer o direito subjetivo sem que isso signifique que a administração pública seja um carimbador que fica obrigado a carimbar o ato de nomeação, seja como for. A superveniência de uma situação devidamente motivada pode sim afastar o que poderia ser o direito de alguém nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes.

Para isso, é preciso que haja o conhecimento prévio da administração, das condições ao convocar um concurso, que haja responsabilidade de quem convocou, que haja respeito aos cidadãos, que haja a imprevisibilidade e não a imprevidência da administração para se alegar a superveniência de situação desautorizadora da nomeação, porque também há muita urgência criada para depois não se nomear e convocar ou terceirizar serviços. Então, a imprevisibilidade da situação pode, a meu ver, ensejar o afastamento do que poderia vir a constituir um direito, exatamente na linha do que disse o ministro Gilmar Mendes. Razão pela qual, senhor presidente, eu o acompanho às inteiras.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, acompanho o ministro Gilmar Mendes neste caso concreto, porque, tal como adiantou Sua Excelência e sublinhou o ministro Marco Aurélio, não há, por parte da administração – e não consta do acórdão –, a menor motivação para preencher os cargos.

Mas continuo, de certa maneira, convencido, aderindo ainda à tradicional jurisprudência da Casa, no sentido de que não há um direito líquido e certo à nomeação. É claro que, em contrapartida, a administração não pode, de forma arbitrária, de forma automática, sem qualquer fundamentação, deixar de preencher os cargos que foram colocados em concurso. Embora, também, na esteira da moderna teoria administrativista – tal como faz a ministra Cármen Lúcia –, não se aceite mais esta expressão "poder discricionário da administração", sem qualquer ressalva, entendo existir, sim, uma faculdade discricionária da administração que se funda – não como diziam os antigos teóricos em critérios de conveniência e oportunidade –, mas hoje se entende que, além desses dois critérios, é preciso que a administração pública leve em conta, também, os critérios de justiça, de equidade, além de outros.

O sr. ministro Marco Aurélio: A atuação discricionária é sempre aferível, sob pena de mitigar-se o instituto do abuso do poder.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, em vários estudos, mas, inclusive, no seu tratado de direito administrativo, assenta que esses atos discricionários da administração não são imunes ao exame do Poder Judiciário, quer dizer, sobretudo, quanto à motivação. É preciso ver, em primeiro lugar, se há uma correspondência entre a motivação e o substrato fático desse ato.

Agora, se existe, de um lado, a meu ver, o direito do cidadão a ser empossado depois de passar e vencer o concurso público, existe, de outro lado, também, penso eu – hoje, mais do que nunca, no momento em que o mundo todo se debate com uma crise econômica mundial –, o direito a um orçamento equilibrado, o direito a uma administração pública eficiente.

Portanto, é possível que surjam – e o ministro Gilmar Mendes reconheceu isso – situações em que a administração se veja constrangida a não preencher os cargos, mas é preciso que o faça de forma motivada.

Então, eu acompanhando inteiramente o belíssimo voto do ministro Gilmar Mendes, entendo ser preciso, em cada caso concreto, examinar-se, com muito equilíbrio, de um lado, o direito daqueles que fizeram concurso público, passaram e foram aprovados, e, de outro lado, as necessidades reais da administração no que diz respeito a essa contratação e às possibilidades de fazê-la.

Lembro, também, se me permitem os eminentes pares, que, no *caput* do art. 37, figura, como um dos princípios basilares da administração pública, além dos conhecidos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, o da eficiência. A máquina pública precisa ser eficiente, e esse também é um direito dos administrados. Então, esse delicado equilíbrio precisa ser encontrado em cada caso concreto, e eu verifico que, no caso sob exame, Sua Excelência o ministro Gilmar Mendes encontrou a solução apropriada.

Acompanho, portanto, integralmente, o voto do eminente relator.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, mais uma vez o ministro Gilmar Mendes nos presenteia com um voto primoroso. Agora, Sua Excelência, peço vênia para dizê-lo, mudou a tese até então consagrada pela nossa jurisprudência.

Pela nossa jurisprudência – e eu me refiro até a ADI 2.931, de 2005, da minha própria relatoria –, a nossa jurisprudência vinha consagrando a tese de que não há o direito líquido e certo do candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas ofertadas pela administração, não há o direito líquido e certo à nomeação. O ministro Gilmar Mendes inverteu. Há o direito à nomeação, salvo se a administração, no caso concreto, provar que está a braços com dificuldades insuperáveis e tem que fazer mesmo a demonstração de imprevisibilidade, de urgência, de relevância, para não nomear o servidor.

Eu não adiro a essa tese, que deita raízes em votos do ministro Marco Aurélio, de longa data. Graças a essa reação pioneira até, me parece, do ministro

Marco Aurélio, é que nós temos evoluído jurisprudencialmente no sentido de trazer para esse tema critérios de razoabilidade que a vida nos ensina, critérios inspirados na realidade cotidiana da administração pública. Mas a tese que eu perfilho é a seguinte, e o ministro Lewandowski o fez também: não há o direito líquido e certo do candidato aprovado em concurso público à respectiva nomeação, dentro do número das vagas ofertadas em edital. Porém, se houver preterição – eu estou fazendo um exame, o que me parece à luz da Constituição, porque a matéria concurso público é de matriz constitucional, a ponto de se poder afirmar que há um regime jurídico constitucional do concurso público, a partir do art. 37, II – se houver preterição, por exemplo, a ordem descendente de classificação é desobedecida, o servidor, o candidato preterido, automaticamente adquire o direito à nomeação. Se, segunda hipótese – que está na Constituição também –, dentro do prazo de validade do concurso, dois anos, o prazo inicial, a administração pública abrir novo concurso, essa abertura do novo concurso, no prazo de validade do primeiro edital, o fato, em si, da abertura do novo concurso, gera o direito à nomeação para os servidores aprovados no primeiro concurso, dentro das vagas ofertadas. Por isso, eu tenho dito que o servidor que faz concurso, e é aprovado, não tem apenas, ministro Celso de Mello, uma mera expectativa, ele tem uma expectativa qualificada de nomeação. Porque, se houver preterição, ele será nomeado, e se houver um novo concurso, no prazo de validade do primeiro, ele, também, será nomeado *ipso facto*.

Agora, graças a essas reações do ministro Marco Aurélio, nós temos ampliado a esfera jurídica do aprovado em concurso para reconhecer o seu direito, por exemplo, quando a administração artificializa o término do edital de validade. Por exemplo, a administração deixa escoar o prazo de validade do concurso, não nomeia ninguém. Quinze dias depois, abre novo concurso. Ora, é evidente que houve uma burla, houve uma fraude.

O sr. ministro Marco Aurélio: Fica escancarado o abuso no exercício do poder.

O sr. ministro Ayres Britto: Fica escancarado o abuso. Mas, graças à intervenção de Vossa Excelência, nós temos procurado fórmulas para ampliar a esfera jurídico-subjetiva do candidato aprovado em concurso público, reconhecendo-lhe novas hipóteses de nomeação, para além daquelas duas iniciais. Claro que essa expressão "discricionariedade", disse bem a ministra Cármen Lúcia, é uma expressão tão surrada, não apenas surrada, mas ambígua, que tem levado os doutrinadores, a jurisprudência, a tratá-la – me permitam a coloquialidade da metáfora – "à rédea curta", ou até para negar a própria discricionariedade. Mas, desde 1982 que, em obra doutrinária, eu tenho um conceito próprio para a discricionariedade. Eu digo o seguinte: discricionariedade administrativa é o modo alternativo pelo qual a lei se deseja aplicada. O modo alternativo pelo qual – mais de um modo, portanto; porque, se houver um único modo, não há discricionariedade – a lei se deseja aplicada, em qualquer dos elementos constitutivos do ato administrativo (motivação, motivo, forma, conteúdo, finalidade), então, se a lei se deseja aplicada alternativamente, isso é o que é discricionariedade. Mas a

discricionariedade não é arbitrariedade. Há de ser exercida motivadamente, com aqueles elementos do ato administrativo, diante de uma lei que se deseja alternativamente aplicada, e assim avante.

O princípio da lealdade, ministra Cármen Lúcia, que significa apego à palavra empenhada ou apego às expectativas geradas no seio da comunidade, por exemplo, pela publicação do edital – acho que o ministro Gilmar Mendes vai confirmar –, na doutrina portuguesa e alemã, faz parte do princípio da segurança jurídica. Seria mesmo proteção da confiança. Mas tenho dúvida se o princípio da lealdade não seria conteúdo do princípio da moralidade; um dos conteúdos do princípio da moralidade. A administração pública deve satisfações ao público ao gerar no público expectativa de um certo comportamento dela. E a lealdade está presente sobretudo na observância das normas editalícias. Respeitar as normas do edital é ser leal para com os administrados e, mais de perto, pelos inscritos no concurso.

O ministro Cezar Peluso, numa das discussões do tema – eu não sei, ministro Peluso, acho que foi no RE 227.480, originário do Rio de Janeiro –, perfilhou o entendimento de que não existe o direito líquido e certo para o aprovado em concurso de ser nomeado dentro das vagas oferecidas. E Sua Excelência disse o que me parece um fundamento inafastável: a administração pública pode se ver a braços com dificuldades repentinas, subtâneas, imprevisíveis, inopinadas. E, neste caso, por apego ao que o ministro Lewandowski acaba de chamar de princípio da eficiência, a administração pública não faz o recrutamento dos servidores aprovados, mesmo dentro das vagas ofertadas, porque os princípios do art. 37 – moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e legalidade – são eminentemente republicanos. E são deveres da administração. A esses deveres da administração (de legalidade, eficiência, impessoalidade, etc.) correspondem direitos. Direitos de quem? Do cidadão, da cidadania, de ter uma administração legal, impessoal, eficiente, moral, pública e transparente. Isso é um direito da cidadania. Por isso que Bobbio afirmava que é muito mais importante hoje como se governa do quem governa. O "quem" é menos importante do que o "como". Então, se se governa, se se administra republicanamente, com observância do art. 37, aqui no Brasil, pouco importa que o governo seja do PT, do PSDB, do PV; que seja de São Paulo, de Sergipe, de Alagoas. Pouco importa. Pouco importa que o governante seja mais socialista, menos socialista, liberal, menos liberal. Quem governa interessa muito menos do que o como se governa. E, pela Constituição, é preciso governar republicanamente. Por isso que Sua Excelência o ministro Lewandowski falou do princípio da eficiência.

Então, concluo o meu voto, perfilhando a conclusão do ministro Gilmar Mendes, porque, no caso, a administração pública deixou transcorrer *in albis*, em branco, o prazo do edital, não fez a nomeação, nem justificou, nem motivou o seu ato. Porque está parecendo, ministro Gilmar Mendes – espero ser compreendido no que concluo com esse juízo, com essa proposição –, que não existe o direito líquido e certo a ser nomeado, salvo se a administração motivar o seu ato de não nomeação. Parece que não é direito isso. Esse direito assim clausulado, assim

condicionado, na verdade, é uma expectativa de direito, embora qualificada, conforme anunciei. Então, eu entendo que não existe o direito; entretanto, o direito passa a existir se a administração não motivar o seu ato. Parece-me que é uma reformulação jurídica da própria natureza da situação jurídico-subjetiva do aprovado no concurso público.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, Vossa Excelência me permite? Ou frustrar indevidamente essa nomeação, abrindo novo concurso.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Abrindo novo concurso artificialmente, artificializando o vencimento do prazo do edital.

Eu sigo a conclusão do voto de Vossa Excelência. Agora, me permito fundamentar meu voto por modo diferente.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, como já foi ressaltado aqui, está em jogo o princípio do concurso público. Nós estamos apenas desenvolvendo esse princípio no sentido de lhe dar maior força normativa ou maior efetividade. E uma das dimensões que nós percebíamos que faltava efetividade era exatamente esta invocação da discricionariedade quanto à nomeação, como já foi dito pela ministra Cármen Lúcia, para nulificar esse direito.

De modo que, nesses limites – o Tribunal já havia feito uma série de construções, como eu havia dito, no que diz respeito especialmente às situações de pretensão –, eu entendo que, de fato, nós estamos a falar realmente de uma situação que pode ser caracterizada como direito subjetivo, a não ser que uma outra situação, ou até um valor de índole constitucional, possa eventualmente afetar o exercício legítimo desse direito. Tanto é que nós falamos de situações que levam, realmente, à impossibilidade de realização desse direito.

O ministro Lewandowski citou a situação de crise econômica séria que, agora, afeta vários países. Quem acompanha a mídia internacional vê o que está acontecendo, por exemplo, na Grécia, com afetação direta dos salários dos servidores públicos.

Nós tivemos um encontro, presidente, Vossa Excelência há de se lembrar, das cortes constitucionais, em janeiro deste ano, no Rio de Janeiro, e o nosso colega Rui Moura Ramos estava preocupado com uma determinação, que vinha da União Europeia, que determinava uma redução de dez por cento nos salários pagos para os servidores públicos em Portugal. E ele então estava a discutir agora o enquadramento disso no âmbito da magistratura, que lá goza, como aqui, da irredutibilidade de vencimentos; vejam, afetando situações já constituídas.

A ministra Cármen Lúcia deu o exemplo de um projetado concurso público para atividades que agora já não estão sob a competência do Estado-membro, o concurso que já foi até realizado, mas agora se diz que essa função não é mais do Estado-membro, não cabe mais ao Estado-membro cuidar, por exemplo, dessa

seara da educação. Logo, nós temos um elemento jurídico superveniente que nulifica essa possibilidade. Então, parece-me que é preciso avançar.

É claro que, de novo, nós estamos aqui a fazer um experimentalismo institucional, tentando dar um passo no sentido de limitar esse poder, que, de outra maneira, fica realmente quase que absoluto. Pode ocorrer, nós sabemos bem, mudança simplesmente de orientação política entre uma administração e outra, na sucessão normal, que diz que não vai mais honrar aquele concurso que foi realizado, quando isso tem que estar dentro de um projeto, de um planejamento. É isto que nós estamos dizendo: não, nesse caso não pode, como também quando não houver qualquer motivação.

E o caso aqui é simples, como mostrou o ministro Marco Aurélio, porque sequer esboço de motivação existia. Mas eu prefiro falar, realmente, na caracterização de um direito subjetivo à nomeação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Apenas uma pequena intervenção. Eu fiquei um pouco preocupado – e sei que não foi essa a intenção de Vossa Excelência – no sentido de se concluir aqui, neste Plenário, que a administração devesse fazer uma motivação semelhante àquela necessária para a abertura de crédito extraordinário, por exemplo, a que se refere o art. 167, § 3º, da nossa Constituição. Ou seja, uma despesa imprevisível que ocorre em caso de guerra, comoção interna, calamidade pública. Essa seria uma situação extrema.

Eu penso, com o devido respeito, que há de haver essa imprevisibilidade, mas não com esse grau extremo.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não. Eu só tentei mostrar casos em que a própria Constituição já prevê essa configuração ou esse tipo de situação, porque também não bastará qualquer justificativa.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ela pode ser insuficiente, e a sindicabilidade judicial tem que acontecer.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): E obviamente não se podem alegar fatos que já eram anteriormente conhecidos. Daí a necessidade de que haja essa *imprevisibilidade*, de que a situação que se tenha configurado seja de fato *superveniente*. Em suma, é preciso dar alguma baliza para que não se pretenda simplesmente esvaziar essa faculdade, esse poder de direito, com qualquer invocação de não intenção da administração de agora prover os cargos existentes.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, passo a passo, constatamos que a vigorosa espada da Justiça implica equilíbrio no embate cidadão/Estado. O Estado não pode brincar com o cidadão, principalmente ante os ares constitucionais vivenciados, em que potencializada a cidadania, a dignidade do homem.

O concurso público não é o responsável pelas mazelas do Brasil. Ao contrário, busca-se, com esse instituto, a lisura, o afastamento do apadrinhamento,

do benefício, considerado o engajamento desse ou daquele cidadão, o enfoque igualitário, dando-se as mesmas condições àqueles que disputam um cargo.

Quando aqui cheguei, encontrei jurisprudência na qual apenas reconhecido o direito à nomeação no caso de preterição. Diria: também pudera, se, configurada a preterição, não houvesse esse reconhecimento, teríamos que repensar o próprio direito ao acesso ao Judiciário.

Em 1996, houve o primeiro pronunciamento reconhecendo, de forma categórica, que o edital – documento que o mestre Hely Lopes Meireles chamou de a lei do certame – obriga tanto o candidato, que deve observá-lo, como a administração pública. E, numa controvérsia, num conflito de interesses que envolvia o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e candidatos à magistratura, apontou-se a existência do direito à nomeação, a partir do edital. Fiz ver, presidente, àquela altura, que todos sabemos as dificuldades enfrentadas quando da feitura de qualquer concurso, a exacerbarem-se essas dificuldades quanto maior for a escolaridade exigida. Os candidatos, disse então, almejando a melhoria, quer sob o ângulo profissional, quer sob o ângulo econômico, quase sempre dedicam-se com exclusividade aos estudos. Um concurso público é uma verdadeira *via crucis*, especialmente quando em jogo cargos de difícil acesso, como são os compreendidos no âmbito da magistratura, do Ministério Público, das Defensorias e das Procuradorias estaduais. Desligam-se das atividades que viabilizam o próprio sustento, passando a depender dos familiares, cuja convivência, ainda que de forma momentânea, sacrificam em face da eleição de um objetivo maior.

Por outro lado – ressaltei –, confiam os candidatos – vem à balha o princípio da boa-fé – nos parâmetros constantes das normas regedoras do concurso, procedimento que é antecedido da análise nas chances havidas. Confiam no todo poderoso Estado – RE 192.568, Segunda Turma.

Presidente, qual é o objetivo do concurso público? É saber se há no mercado mão de obra habilitada ao exercício do cargo? Não. É selecionar a partir do pressuposto segundo o qual necessita a administração pública de mão de obra. Se a administração pública anuncia no edital que o concurso é realizado para preenchimento de número definido de vagas, não pode simplesmente postergar a convocação dos aprovados e classificados, para, posteriormente, até potencializando – como falou o ministro Gilmar Mendes – critério que deveria ser expungido da administração pública, que é o da pessoalidade, vir a convocar outro concurso.

Se consultarmos os incisos I, II, III e IV do art. 37 da Constituição Federal, veremos que o fim do concurso é único, a partir do momento em que a Constituição prevê que o acesso aos cargos depende de concurso e versa a investidura. Em passo seguinte, estabelece prazo de validade do concurso, até mesmo para que, surgindo novas vagas e existindo candidatos aprovados, haja a convocação.

Dir-se-á: mas o inciso IV cogita de precedência na convocação, considerados vários concursos. Penso que o inciso IV do art. 37 é meramente pedagógico no que prevê:

> IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Essa ordem de precedência, natural, não quer dizer que a administração pública pode, depois de efetuado, depois de concretizado o concurso público, cruzar os braços e simplesmente tripudiar, brincar com o cidadão e deixar de convocá-lo para o cargo.

Vejo, presidente, que, em linhas gerais, é esse, hoje, o consenso unânime do Tribunal, abandonando, portanto, aquela jurisprudência que remetia, para ter-se o direito à nomeação, à preterição. O concursado aprovado, classificado, anunciadas as vagas no edital do concurso, tem o direito subjetivo à nomeação. As portas da Justiça estarão sempre abertas para agasalhar esse direito, como ocorreu numa via, por sinal estreita, que é a do mandado de segurança, ante o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, na lavra do ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Sua Excelência ressaltou, em item do acórdão, aspectos ligados, em última análise, à dignidade do candidato. A semente de ontem frutificou.

Acompanho o relator, desprovendo o recurso interposto e ressaltando, mais uma vez, que não há linha no acórdão proferido, quanto a obstáculo socialmente aceitável a impedir a administração de promover as nomeações.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mesmo assim, na ementa, o relator reconheceu as dimensões do concurso.

O sr. ministro Celso de Mello: É verdade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Uma, implícita, o direito à convocação, e outra, explícita, ligada à preterição.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também vou acompanhar o belo voto do eminente ministro relator, notando que o voto de Sua Excelência me permitiu, eu não diria uma inflexão no meu raciocínio, mas a oportunidade para sistematizar algumas ideias que estavam subjacentes a várias manifestações que fiz em precedentes.

Eu quero retomá-las aqui a partir do que me parece que de certo modo inspira o voto de Sua Excelência – se estiver errado, Vossa Excelência me corrigirá –, ou seja, que esse tema, como vários outros, tem de ser considerado primariamente do ponto de vista da funcionalidade da administração pública. Noutras palavras, quando se prevê, na Constituição ou abaixo da Constituição, a

disciplina do concurso público, prevê-se sob o pressuposto claro de que se trata de instrumento absolutamente necessário para a funcionalidade, a operacionalidade da administração pública, enfim da máquina cuja atuação interessa, portanto, a toda a sociedade.

Então, é da perspectiva dos requisitos de operacionalidade e de eficiência da administração, em resposta às exigências da sociedade perante o ideal de bom funcionamento da máquina pública, que o concurso público aparece como alguma coisa em relação à qual a administração pública não pode ter arbítrio. Por quê? Porque, se ela própria abre um concurso público, a presunção é de que há absoluta necessidade de pessoas habilitadas para exercício de funções públicas, e cuja habilitação precisa ser reconhecida em concurso público, para o eficaz e correto desempenho de atividades de serviço público.

De fato, essa é situação que não corresponde àquela velha ideia de discricionariedade – e nisso tem razão a ministra Cármen Lúcia e, de certo modo, também, o ministro Carlos Britto. Recordo que, num longo voto que proferi, há muito tempo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, invoquei a lição de um dos maiores processualistas penais italianos, Franco Cordero, numa monografia que provavelmente deve ter sido tese de láurea ou cátedra, e onde advertia que a noção de discricionariedade se radica, em última análise, na existência de algum dever jurídico – isso é hoje fora de dúvida. Há, deveras, em toda situação dita de exercício de poder discricionário, uma situação jurídica em que se reconhece dever jurídico do agente da administração pública, e é o que se propõe aqui, no caso.

Então, acho que o eminente relator e todos os demais votos que o acompanharam têm toda razão, quando assentam que a administração pública tem dever jurídico de nomeação dentro do quadro das vagas postas em concursos, aprovadas em concurso válido e homologado, dentro do prazo de sua eficácia. Ora, o que é que pode excluir a existência desse dever jurídico ou pode justificar o não exercício desse dever? Como Sua Excelência disse, é preciso que haja *alegação* e *prova* da superveniência imprevisível de algum interesse público impeditivo da nomeação. E, nessa moldura, *alegação* significa, portanto, que a administração pública tem que explicitar, de modo objetivo, os motivos que permitam o controle dessa mesma motivação por parte do Poder Judiciário, e, por via de consequência, por parte da própria sociedade.

Quando, portanto, o Tribunal, em vários precedentes, alude a variadas hipóteses, como a da preterição, que é objeto da Súmula 15, ou a de nomeações precárias, designações provisórias, etc, alude a quê? Alude a algumas das causas possíveis que provam a inexistência de motivo impeditivo superveniente. Quando há preterição, está provado *ipso facto* que não há causa superveniente. Quando a administração pública, ao invés de nomear os aprovados, recorre a terceiros, ou a designações provisórias, está demonstrado, de igual modo, que não há causa superveniente capaz de justificar a não nomeação dos aprovados.

Muito bem, vistas as coisas do ângulo da administração pública, se encarada agora a posição da situação jurídico-subjetiva dos aprovados no concurso, tampouco podemos deixar de reconhecer duas coisas: uma, que a esse dever da administração pública corresponde direito subjetivo dos aprovados. É claro que isto tem repercussão direta no seu patrimônio, na sua esfera jurídica, e, por isso, podem invocar esse direito, que será líquido e certo quando não dependa de prova. Mas, suposto não líquido, não deixa de ser direito subjetivo, como bem que integra o patrimônio jurídico individual dos aprovados.

Mas há também outro aspecto muito interessante: de certo modo, esse direito público subjetivo do aprovado reflete o interesse geral da sociedade em relação ao preenchimento das vagas necessárias ao exercício dos serviços e atividades públicos. Em outras palavras, a questão envolve ainda esse aspecto relevante para a cidadania, o qual se liga à situação jurídica individual dos aprovados e lhes reforça a pretensão de fazer valer os direitos subjetivados, que não são apenas seus, dos aprovados, mas, de modo mais genérico, são também de toda a sociedade como destinatária dos serviços públicos em sentido amplo.

Vossa Excelência queria fazer alguma observação?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, é exatamente esse aspecto. E, nesse sentido, no nosso estágio institucional, o Brasil se diferencia de muitos outros países, ao consagrar esse princípio do concurso público. O notável jurista argentino Zaffaroni, por exemplo, chama a atenção para o fato de, no Brasil, já se realizar, há muitos anos, concurso público para juiz, criando, portanto, uma carreira profissional. Isso não é comum, sabemos, nos nossos vizinhos, nem em muitos outros países do nosso estágio civilizatório.

Quando vemos também, presidente, denúncias, fatos de malversação de recursos no âmbito da administração, em geral, isso está associado, às vezes, à excessiva politização do provimento de cargos públicos. E, aí, Vossa Excelência, inclusive, quando fala nessa funcionalidade objetiva, está chamando a atenção para esse elemento de moralidade pública que envolve o próprio concurso público. Não é comum ter funcionário público de carreira envolvido em processos de malversação, de má aplicação de recursos. Portanto, no momento em que estamos vivendo de inúmeras distorções desse tipo de prática, é importante e até simbólico que o Tribunal esteja a se pronunciar sobre o tema.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por isso, disse que o concurso público não é responsável pelas mazelas vivenciadas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu diria, nessa linha de raciocínio de Vossa Excelência, que, portanto, desse ponto de vista, o reconhecimento de direito subjetivo dos aprovados em concurso público regular é, de certo modo, instrumento de satisfação de demanda social sobre comportamento da administração pública. Noutras palavras, o aprovado no concurso, quando, em juízo, invoca direito subjetivo individual, obriga também, de certo modo, a administração pública a ser leal ao que o ordenamento jurídico lhe impõe.

Até aqui ainda estou na *tese*, mas vou descer logo à *hipótese*, não sem antes fazer uma observação, que, no caso, pode ditar solução diversa, embora seja fonte de problemas práticos. Trata-se de supor segundo concurso público, enquanto ainda vige o prazo de validade do primeiro. Acho que, em termos absolutos, tal fato não significa necessariamente uma causa não excludente do dever de nomear. Podem surgir boas razões, como, por exemplo, de ordem tecnológica, ou de racionalização do próprio serviço, além de mudança de competência, etc, que justifiquem o não aproveitamento dos aprovados no primeiro concurso, em razão de fato ulterior que legitime a realização de novo concurso, porque novos requisitos objetivos ou novas condições pessoais de habilidade passem a ser exigidos. Então, é preciso examinar caso por caso para saber quando se legitima ou não.

Depois, parece-me ser preciso que o Tribunal adote postura certa a respeito, provavelmente não neste caso, mas, enfim, fica como lembrança ao Tribunal para refletir sobre o seguinte: o reconhecimento de direito subjetivo dos aprovados, mediante uso do mandado de segurança, supõe que o impetrante ou alegue que tal direito corresponde à exata ordem de classificação, isto é, seria sua vez de ser nomeado, ou, então, ele tem de atuar no interesse jurídico do terceiro que está, com precedência, na ordem devida, nos termos do art. 3º da Lei 12.016, que repete o disposto no art. 3º da velha lei, a qual rezava que, quando seja o impetrante titular de direito dependente ou derivado, pode impetrar mandado de segurança, sim, mas invocando imediato direito líquido e certo de quem o preceda na lista de classificação. Noutras palavras, não pode ele pedir mandado de segurança para sua nomeação imediata, fora da ordem de classificação, mas apenas para que a administração pública obedeça à mesma ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio: Poderá o cidadão diligente ser prejudicado pela inércia do melhor classificado?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso é o que a lei prevê expressamente, porque não se trata de tutela direta de direito subjetivo do impetrante, quando a administração tem que nomear na ordem, cuja estrita obediência favorecerá, como é óbvio, embora indiretamente, ao impetrante. Não se pode tomar o quadragésimo da lista de aprovados, que impetrou mandado de segurança, para nomeá-lo com preterição dos outros 39 que o antecedem na ordem de classificação.

É essa a atenção que os impetrantes devem ter em relação ao uso do mandado de segurança em situações tais, em que qualquer um do quadro de aprovados pode usar do mandado de segurança, mas, dependendo da sua situação, tem de atuar nos termos em que o prevê o art. 3º. Essa é a tese com a qual estou, inteiramente, de acordo.

Agora, na *hipótese*, além de todas essas razões teóricas já avançadas, temos dois fatos decisivos. O primeiro: nada foi alegado pela administração pública em relação à ordem de classificação do impetrante. A administração pública não disse nada ao propósito. Podia ter oposto: "ele é o último classificado, não tem direito original." Calou-se. Como se calou, isso só reforça a argumentação da

Corte sobre aquilo que consta da petição inicial, isto é, que o setor administrativo se está valendo de estagiários da bolsa universitária e de guardas-mirins para exercer as funções de oficiais de perícia. E, um pouco mais adiante, também se alega, e a administração pública não o contesta, que designou servidores lotados em outros órgãos, como bombeiros e policiais militares, desviados das atividades-fim das respectivas corporações, para compor os quadros da unidade de perícia. Em outras palavras, a administração pública não nega haja necessidade das nomeações, embora alegue que não exista obrigação de nomear etc.

São as razões pelas quais peço vênia pelo adiantado da hora, mas me parecia ser assunto que, implicando mudança substantiva da jurisprudência da Corte, merecia maior consideração.

De modo que eu também, mais uma vez, elogiando, como não podia deixar de ser, o voto brilhantíssimo do ministro relator e de todos os demais que o acompanharam, nego provimento ao recurso.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Este Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no seguinte tema:

> *Direito administrativo. Concurso público.* 2. Direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado entre as vagas previstas no edital de concurso público. 3. Oposição ao poder discricionário da administração pública. 4. Alegação de violação dos arts. 5º, LXIX, e 37, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal. 5. Repercussão geral reconhecida.

No caso, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão em recurso em mandado de segurança:

> *Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Candidato aprovado entre as vagas previstas no edital. Direito líquido e certo. Recurso provido.*
>
> 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo.
>
> 2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes.
>
> 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem como às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público.
>
> 4. Precedentes desta Corte Superior: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG.
>
> 5. Recurso ordinário provido.

2. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre esse tema no RE 227.480, para cujo acórdão fui designada relatora, em 16-9-2008, nos seguintes termos:

> *Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Art. 37, II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.*
>
> 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.
>
> 2. A recusa da administração pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.
>
> 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Afirmei naquele julgamento que:

> Pelo meu raciocínio não posso admitir, tal como disse o ministro Marco Aurélio, que o Estado exija algo – e falo com muita tranquilidade, porque prestei mais de um concurso e sei, portanto o que é fazer concurso – sem dar a contrapartida. Como disse o ministro Marco Aurélio: você abre mão das suas coisas; quem tem família abre mão da sua vida familiar; tira férias, às vezes, para ficar estudando; se chegar quinze minutos atrasada, o portão está fechado e, portanto, perde-se a inscrição. Esses concursos hoje são cobrados, e não é fato demonstrado que só se cobra para pagar os custos, às vezes, cobra-se até mais. Então, haveria enriquecimento ilícito da administração quando se anula um concurso. Eu passei em primeiro lugar e ninguém fala nada comigo? Ou seja, eu tenho de ser responsável; eu tenho de cumprir desde o horário até a disciplina que está no edital; e o Estado pode ser leviano? O Estado pode ser irresponsável?
>
> (...)
>
> Não falo em direito adquirido até porque, se direito adquirido em direito constitucional fosse o que se fala, agora, no Brasil, inclusive no Judiciário – nem tanto aqui, no Tribunal, que já andou muito –, a escravidão não teria acabado até hoje no País: comprei, paguei, é meu, está no meu quintal, é direito adquirido. Direito adquirido em direito constitucional é um conceito que está por ser sedimentado e consolidado sob nova perspectiva. Então, não falo aqui em direito adquirido. Porém, falo em direito subjetivo, sim, do cidadão que concorreu.
>
> O ministro Ricardo Lewandowski lembra: e se não houver recursos? Se não houver, temos de responsabilizar o administrador. Não havendo recursos para prover aqueles cargos ou sendo eles desnecessários – porque às vezes são –, não abra concurso, não convoque a sociedade. Agora, convocar a sociedade para brincar é algo que não acho admissível. Isso é incompatível com o sistema constitucional.
>
> Pode ocorrer – e por isso não falo em direito adquirido – que, depois de aberto o concurso, depois de realizado o certame, sobrevenha uma circunstância administrativa. Por exemplo, em um município, há uma epidemia. Aquelas verbas destinadas a prover ou a aumentar o número de professores não podem mais ser utilizadas pela singela circunstância de que esse dinheiro tem de ser destinado a

fazer face à epidemia. Nesse caso, há um dado da administração que prova para a sociedade que houve uma alteração nos fatos e não se poderia exigir que houvesse a nomeação. Portanto, a administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas.

No caso aqui posto, não há nada na administração, a não ser dizer o velho e há muito superado discurso: eu não quero.

(...)

Então, não posso imaginar que um concurso seja feito simplesmente para testar – como disse Vossa Excelência – se há pessoas interessadas em prover o cargo ou não. Ou bem o cargo não é necessário e não se pode abrir o concurso, ou é necessário e então se abre o concurso.

3. Reafirmo neste julgamento os mesmos fundamentos utilizados no julgamento do RE 227.480 e, por se tratar de recurso com repercussão geral reconhecida, firmo tese no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, podendo a administração pública recusar cumprimento a esse direito mediante motivação suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário por provação dos interessados.

4. Pelo exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário**.

EXTRATO DA ATA

RE 598.099/MS — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul (Procurador: Procurador-geral do Estado de Mato Grosso do Sul). Recorrido: Rômulo Augusto Duarte (Advogados: Ana Karina de Oliveira e Silva e outros). Interessados: União (Advogado: Advogado-geral da União) e Município do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral do Município do Rio de Janeiro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente o ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo recorrente, o dr. Ulisses Schwarz Viana, procurador do Estado, e, pela União, a dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, secretária-geral de contencioso.

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. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 10 de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 — RS

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Recorrente: João Antônio Volante — Recorridos: União e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — Interessada: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP

Trabalho – Ofício ou profissão – Exercício. Consoante disposto no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Bacharéis em direito – Qualificação. Alcança-se a qualificação de bacharel em direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau.

Advogado – Exercício profissional – Exame de Ordem. O exame de Ordem, inicialmente previsto no art. 48, III, da Lei 4.215/1963 e hoje no art. 84 da Lei 8.906/1994, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 26 de outubro de 2011 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Eis as informações prestadas pela Assessoria:

Com a inicial de fls. 2 a 34, João Antônio Volante formalizou ação contra o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a União. Segundo narrou, graduou-se em direito em 6 de outubro de 2007 pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), na cidade de Canoas, Rio Grande do Sul. Esperava exercer a profissão de advogado, mas encontra-se obstaculizado em razão da necessidade de aprovação no exame da Ordem, que entende ser inconstitucional.

Consoante argumentou, após a obtenção do diploma, o bacharel em direito deve ser considerado presumivelmente apto a exercer a advocacia até prova em contrário, sob pena de violação aos princípios constitucionais da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Articulou com ofensa aos direitos a vida e a dignidade. Afirmou que, no exercício profissional, a

entidade de classe terá condições de avaliar se o profissional é capaz, ou não, sendo certo que a Lei 8.906/1994 versa as sanções disciplinares para o advogado.

Asseverou que a exigência de exame para o ingresso no órgão de classe somente ocorre para os advogados, o que violaria o princípio da igualdade. Nem mesmo os médicos são submetidos ao referido exame, embora lidem com bem valioso. Sustentou mostrar-se descabido sobrepor o exame da Ordem às avaliações realizadas pelas próprias universidades, sem qualquer prova de que estas foram corrompidas, ineficazes ou que seriam inferiores. Aludiu à previsão constitucional do valor social do trabalho como fundamento da República e ao direito fundamental ao livre exercício de qualquer profissão. Mencionou os arts. 2º; 43, II; e 48 da Lei 9.394/1996, que preveem ter a educação superior o fim de formar profissionais qualificados para o trabalho.

Disse caber ao poder público autorizar e avaliar o ensino, e não à Ordem dos Advogados, que, consoante apontou, não integra a administração pública. Aduziu que a reserva legal constitucional é de natureza qualificada, sendo vedado ao legislador ordinário impor restrição ao exercício da profissão. Logo, o bacharel em direito, que foi examinado e avaliado pela instituição credenciada pelo poder público, teria o direito de exercer a profissão de advogado.

Aludiu à necessidade de lei para criação do exame da Ordem, o qual, segundo asseverou, foi previsto apenas em regulamento. Disse da insuficiência da previsão contida no art. 8º da Lei 8.906/1994, que delegou à entidade de classe o poder de editar provimento para disciplinar referido exame, genericamente estabelecido na lei. Assim, conforme entende, o exame também padeceria do vício de inconstitucionalidade formal, afrontando o inciso XVI do art. 22 da Lei Maior.

Afirmou ser descabido atribuir à entidade de classe a tarefa de restringir o acesso ao mercado de trabalho, já que ela teria interesse em diminuir a concorrência, daí a impossibilidade da fiscalização prévia pela Ordem dos Advogados. As universidades, por outro lado, seriam instituições isentas, impessoais e imparciais para avaliar os estudantes. Ressaltou a falta de transparência dos exames, considerado que a Ordem participa das comissões de concursos de todas as outras carreiras, além de ter assento no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos de controle da magistratura e do Ministério Público. Articulou com a incongruência das perguntas presentes nas provas, que abarcariam conhecimentos desnecessários ao pleno exercício da advocacia.

Por eventualidade, argumentou que o exame foi derrogado tacitamente pela Lei 8.906/1994. Sustentou ser incompatível com a Lei 8.884/1994, por criar reserva de mercado de trabalho em favor dos atuais inscritos, e com a autonomia universitária, versada no art. 207 da Constituição Federal. No campo do direito comparado, anotou a inexistência de exame semelhante na Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Equador, Venezuela e em Portugal.

Requereu a concessão de tutela antecipatória para permitir a inscrição nos quadros da Ordem sem necessidade de aprovação prévia no exame nacional. No mérito, pediu fosse declarada a ausência de relação jurídica obrigacional de prestar o exame da Ordem, bem como a nulidade do Provimento 109/2005 do Conselho Federal da OAB. Pleiteou ainda o benefício da gratuidade de justiça.

O Juízo indeferiu a liminar (fls. 47 a 48), fazendo-o com fundamento na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consoante a qual haveria compatibilidade entre o inciso IV do art. 8º da Lei 8.906/1994 e a Carta de 1988. Houve a interposição de agravo ao referido Regional, recebido sem eficácia

suspensiva pelo relator. Posteriormente, o agravo foi desprovido pela Quarta Turma do Regional – fls. 166 a 169.

À fl. 82 à 85, a União ressaltou a nulidade da citação, porquanto o autor a incluiu como litisconsorte passiva. Anotou não ter interesse no processo, considerada a ausência de qualquer postulação formulada em face dela. Apontou a respectiva ilegitimidade passiva.

À fl. 95 à 101, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustentou a inépcia da inicial. Salientou ser parte ilegítima, pois cada seccional da Ordem possui personalidade jurídica própria, motivo pelo qual caberia à seccional do Rio Grande do Sul responder ao processo, considerado o disposto nos arts. 45, § 1º e § 2º, e 58, VII, da Lei 8.906/1994.

No mérito, alegou que a Carta Federal permitiu à União legislar sobre condições para o exercício de profissões, consoante preveem os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único. Com esse fundamento, a lei federal estabeleceu a aprovação em exame da ordem – inciso IV do art. 8º da Lei 8.906/1994. Argumentou mostrar-se descabida a invocação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como de dispositivos da Lei Anti-Truste. Disse não haver quebra de isonomia, porquanto o exame é exigido de todos os bacharéis igualmente, nada tendo com outras carreiras, que são diferentes da advocacia e possuem tratamento distinto conferido pelo legislador. Asseverou ser norma geral a Lei de Diretrizes e Bases da Educação se comparada ao Estatuto da Advocacia, que é especial, daí a inexistência de derrogação. Esclareceu que as universidades não são as únicas instituições aptas a aferir se alguém tem ou não qualificação para exercer certa profissão e que, no campo jurídico, o ensino é falho e generalista, razão pela qual se impõe um exame específico para quem deseja tornar-se advogado.

Aduziu ter o Provimento 109 do Conselho Federal *status* hierárquico de portaria, veiculando apenas instruções gerais sobre o exame, sendo necessário para haver unicidade, já que cada seccional aplica um exame, nos termos do inciso VI do art. 58 da Lei 8.906/1994. Aludiu à existência de cursos de direito em profusão, notoriamente ineptos, que formam profissionais que nada sabem, e que os bens e a liberdade das pessoas não podem ser administrados por tais profissionais. Mencionou diversas decisões judiciais favoráveis ao exame. Postulou a improcedência do pedido.

Após a apresentação de réplica, o Juízo prolatou sentença (fl. 170 a 171), assentando a improcedência do pleito, com fundamento na reiterada jurisprudência do Regional. Condenou o autor ao pagamento de honorários, fixados em R$ 500,00 e suspensos em razão da gratuidade anteriormente deferida. O ora recorrente protocolizou apelação, desprovida pela Quarta Turma do Regional – fls. 200 a 203. O Regional entendeu que o exame não padece de vícios, porquanto autorizado pela Constituição e previsto em lei federal.

Foram interpostos embargos de declaração para fins de prequestionamento da matéria constitucional, também desprovidos pela Quarta Turma do Regional. Finalmente, interpuseram-se recursos extraordinário e especial, nos quais se pretendeu ver reconhecida a inconstitucionalidade do exame da ordem, valendo-se dos mesmos fundamentos constantes da petição inicial. O recurso extraordinário foi admitido pelo vice-presidente do Regional, e o especial foi inadmitido.

À fl. 421 à 423, Vossa Excelência manifestou-se pela existência de repercussão geral na espécie, o que foi reconhecido pelo Plenário virtual do Supremo. Em seguida, remeteu-se o processo ao Ministério Público Federal para emissão de parecer.

À fl. 433 à 473, a Procuradoria-Geral da República elaborou parecer assim ementado:

Constitucional. I – Irregular delegação à OAB de poder regulamentar privativo do presidente da República. Inconstitucionalidade formal inexistente. II – Exame de Ordem. Lei 8.906/1994, art. 8, IV. Restrição ao direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF de 1988. Liberdade de escolha e liberdade de exercício. Limitação de acesso a ofício que se projeta diretamente sobre a liberdade de escolha da profissão. Exigência legal que refoge à autorização constitucional e que não se revela compatível com o postulado da concordância prática, com recurso ao princípio da proporcionalidade.

1. A consagração da liberdade de trabalho ou profissão nas Constituições liberais implicou na ruptura com o modelo medieval das corporações de ofícios, conduzindo à extinção dos denominados por Pontes de Miranda "privilégios de profissão" e das próprias corporações.

2. O direito à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, consagrado na CF de 1988, deve ser compreendido como direito fundamental de personalidade, derivação que é da dignidade da pessoa humana, concebido com a finalidade de permitir a plena realização do sujeito, como indivíduo e como cidadão.

3. O inciso XIII do art. 5º da CF contempla reserva legal qualificada, pois o próprio texto constitucional impõe limitação de conteúdo ao legislador no exercício da competência que lhe confere. A restrição ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, portanto, se limitará às "qualificações profissionais que a lei estabelecer".

4. A locução "qualificações profissionais" há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais. Tal sentido e abrangência foi afirmado pelo STF no julgamento da Rp 930 (RTJ 88/760) em relação à locução "condições de capacidade" contida no § 23 do art. 153 da CF de 1967 e reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte na atual redação do art. 5º, XIII, da CF (RE 591.511, rel. min. Gilmar Mendes, *DJE* de 13-11-2009), com a expressa ressalva de que "as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais", e que "a restrição legal *desproporcional* e que viola o *conteúdo essencial* da liberdade deve ser declarada inconstitucional".

5. A Lei 8.906/1994 impõe como requisito indispensável para a inscrição como advogado nos quadros da OAB a aprovação no exame de ordem. Tal exame não se insere no conceito de qualificação profissional: o exame não qualifica; quando muito pode atestar a qualificação.

6. O art. 5º, XIII, da CF traça todos os limites do legislador no campo de restrição ao direito fundamental que contempla. Por isso tem afirmado a jurisprudência do STF que as qualificações profissionais (*meio*) somente são exigidas daquelas profissões que possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos à direitos de terceiros (*fim*).

7. A inobservância do meio constitucionalmente eleito – das especiais condições estabelecidas pelo constituinte – resvala em prescrições legais exorbitantes, consubstanciando inconstitucionalidade por expressa violação

dos limites da autorização constitucional, sem necessidade de se proceder a um juízo de razoabilidade para afirmar o excesso legislativo. *Doutrina*.

8. O direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF assume, sob a perspectiva do direito de acesso às profissões, tanto uma **projeção negativa** (imposição de menor grau de interferência na escolha da profissão) quanto uma **projeção positiva** (o direito público subjetivo de que seja assegurada a oferta dos meios necessários à formação profissional). Constitui elemento nuclear de mínima concretização do preceito inscrito no art. 5º, XIII, da CF, a oferta dos meios necessários à formação profissional exigida, de sorte que a imposição de qualificação extraída do art. 133 da CF não deve incidir como limitação de acesso à profissão por parte daqueles que obtiveram um título público que atesta tal condição, mas sim como um dever atribuído ao Estado e a todos garantido de que sejam oferecidos os meios para a obtenção da formação profissional exigida.

9. O exame de ordem não se revela o meio adequado ou necessário para o fim almejado. Presume-se pelo diploma de Bacharel em Direito – notadamente pelas novas diretrizes curriculares que dá ao curso de graduação não mais uma feição puramente informativa (teórica), mas também formativa (prática e profissional) – que o acadêmico obteve a habilitação necessária para o exercício da advocacia. A sujeição à fiscalização da OAB, com a possibilidade de interdição do exercício da profissão por inépcia (Lei 8.906/1994, art. 34, XXIV, c/c art. 37, § 3º), se mostra, dentro da conformação constitucional da liberdade de profissão, como uma medida restritiva suficiente para a salvaguarda dos direitos daqueles pelos quais se postula em juízo, até mesmo porque tal limitação se circunscreve ao exercício, sem qualquer reflexo sobre o direito de escolha da profissão. De qualquer modo, nada impede que a OAB atue em parceria com o MEC e com as IES, definindo uma modalidade mais direcionada de qualificação profissional que venha a ser atestada pelo diploma.

10. A exigência de aprovação no exame de ordem como restrição de acesso à profissão de advogado atinge o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, consagrado pelo inciso XIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

11. Parecer pelo parcial provimento do recurso extraordinário.

Vossa Excelência acolheu o pedido formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), admitindo-a no processo na condição de terceira interessada.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. O documento de fl. 35 evidencia a regularidade da representação processual. O preparo foi dispensado em razão da gratuidade de justiça, deferida pelo Juízo à fl. 47. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão recorrido veio a ser veiculada no Diário de 30 de março de 2009, segunda-feira (fl. 254v.), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 1º de abril imediato, terça-feira (fl. 317), no prazo assinado em lei. A matéria, embora abordada sucintamente, foi devidamente enfrentada pelo Juízo

e pelo Regional, razão pela qual dou por preenchido o requisito do prequestionamento. Conheço, consignando que houve a admissão do recurso na origem (fls. 414 e 415).

Delimitação da matéria

No recurso extraordinário, está em jogo a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e § 1º, e 44, II, da Lei 8.906/1994, os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Transcrevo os dispositivos:

> Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:
> (...)
> IV – aprovação em Exame de Ordem;
> (...)
> § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.
>
> Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:
> (...)
> II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Segundo o recorrente, tais normas, no que transferiram à autarquia o poder de disciplinar e regulamentar livremente o exame de acesso à profissão, estão em descompasso com os princípios constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da igualdade e da presunção de inocência. Violam o direito à vida, à liberdade de escolha e ao exercício da profissão. Discrepam do art. 205 da Carta Federal, que atribui à educação a missão nobre de qualificar para o trabalho. Usurpam a competência legislativa federal prevista no inciso XVI do art. 22 e a atribuição privativa do presidente da República constante do art. 84, IV, ambos da Lei Maior. São esses os argumentos que precisam ser enfrentados no caso em análise.

Antes de prosseguir, revela-se oportuna breve nota sobre a relevância social do tema, recorrendo-se ao pano de fundo que envolve a questão do exame da Ordem.

Sabemos que o Brasil já reconheceu o direito de postular em juízo até mesmo a quem não ostentava o bacharelado em direito, figuras denominadas *rábulas* ou *provisionados*. Assim o foi na época do Império e no início da República. A prerrogativa de credenciar advogados desprovidos do mencionado grau acadêmico, inicialmente conferida aos tribunais, passou ao Instituto dos Advogados do Brasil e, posteriormente, à Ordem, até ser definitivamente extinta. A exigência da prova de suficiência técnica para a inscrição nos quadros da Ordem surgiu com a Lei 4.215/1963. Com efeito, o art. 48, III, do referido

Diploma instituiu o requisito de aprovação no exame ou comprovação do exercício do estágio forense para viabilizar o exercício da advocacia.

Na regência da Lei 8.906/1994, o bacharel em direito podia optar entre o estágio profissional ou a submissão à prova de conhecimentos jurídicos, situação que perdurou provisoriamente até 1996. Eis o preceito respectivo:

> Art. 84. O estagiário, inscrito no respectivo quadro, fica dispensado do Exame de Ordem, desde que comprove, em até dois anos da promulgação desta lei, o exercício e resultado do estágio profissional ou a conclusão, com aproveitamento, do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, realizado junto à respectiva faculdade, na forma da legislação em vigor.

A partir do término de vigência do dispositivo, o exame tornou-se obrigatório para todos os egressos do curso de direito, conforme previsão do art. 8º, IV e § 1º, da Lei 8.906/1994. Constata-se, então, que a obrigatoriedade do exame é relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro – está em vigor há quinze anos –, muito embora o teste de conhecimentos já possua quarenta anos de existência. Cabe indagar: por que apenas recentemente o tema foi tomado de importância, a ponto de mobilizar mentes e corações a respeito da compatibilidade entre o exame e a Carta da República?

Segundo informações colhidas em material fornecido pelos interessados, entre os anos de 1997 e 2011, o número de cursos de direito saltou de 200 para 1.100. A Ordem dos Advogados do Brasil, em memorial, noticiou que a República Federativa do Brasil possui quase quatro milhões de bacharéis em direito. Em tese, com a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem, todos estariam aptos ao exercício da advocacia, embora imperioso descontar os impedidos de fazê-lo, como os juízes. O número parece excessivo frente a outras necessidades experimentadas pela sociedade brasileira, como a de médicos, engenheiros e demais profissionais técnicos, igualmente indispensáveis ao progresso do país. O crescimento exponencial dos bacharéis revela patologia denominada bacharelismo, assentado na crença de que o diploma de direito dará um atestado de "*pedigree* social" ao respectivo portador, quem sabe fruto da percepção, talvez verdadeira em épocas passadas, de que os referidos profissionais são os protagonistas da ordem política brasileira.

A defesa escora-se em problema fático: a proliferação de cursos de direito ocorrida no Brasil, nas últimas duas décadas, sem a observância do critério qualitativo, imprescindível à formação do bom profissional. Esses dados, apesar de alarmantes, não podem ser decisivos para o julgamento da causa. Isso porque cabe ao Tribunal Constitucional julgar sob o ângulo do direito, atento à realidade social, não deixando prevalecer o pragmatismo sobre as razões propriamente jurídicas. Os argumentos extrajurídicos apresentados, conquanto importantes para a análise concernente à conveniência do exame sob o prisma legislativo, não foram decisivos para o convencimento, embora tenham sido sopesados ao longo deste processo. Atento, contudo, à relevância social do julgamento, cumpria-me trazê-los à balha para conhecimento dos eminentes pares.

No mais, a permissividade com que se consegue abrir os cursos de direito de baixo custo, porquanto restritos ao "cuspe e giz", decorrente de uma ideologia fiada no adágio "quanto mais, melhor", merece severas críticas. Vende-se o sonho e entrega-se o pesadelo: após cinco anos de faculdade, o bacharel se vê incapaz de ser aprovado no exame de conhecimentos mínimos da Ordem, condição imposta para que possa exercer a advocacia e, com esta, prover a própria subsistência. A alegria do momento transmuda-se em drama pessoal. A reflexão sobre essa realidade cabe não só ao Supremo, mas também à sociedade brasileira.

Feitas essas considerações, esclareço haver dividido os argumentos em três linhas. Primeiro, abordarei a alegação de violação à liberdade de profissão, que me parece a mais grave. Posteriormente, tratarei da apontada incompatibilidade entre as regras constitucionais atinentes ao ensino superior e a previsão legal de seleção dos advogados, atribuída à Ordem. Cuidarei, alfim, do invocado desrespeito ao princípio da legalidade, consistente na delegação, à Ordem, da prerrogativa de regulamentar o exame.

Da proporcionalidade e compatibilidade entre o exame de conhecimentos da ordem e a garantia constitucional do livre exercício profissional

A liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional. A garantia está intimamente ligada à construção da personalidade, pois "onde trabalho e profissão são tarefas da vida e base da vida, liberdade de profissão é uma parte da configuração da vida pessoal, sem a qual desenvolvimento pessoal livre não seria imaginável" (Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 322). Por ser pressuposto à realização plena de um projeto de vida, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana estão inegavelmente relacionados.

Inimaginável pensar liberdade em plenitude quando se é compelido ao exercício de determinada profissão ou são completamente vedadas as condições de acesso à desejada. A invocação da dignidade, ao contrário do alegado pelo recorrido, não é despropositada. A escolha de determinada profissão revela a opção por certo modo de vida, que se converterá em esteio econômico do indivíduo – e quiçá da família – de maneira que, quando o poder público condiciona ou simplesmente lhe impede o exercício, nega-lhe um elemento importante da própria razão de existir. No voto proferido na ADPF 132, da relatoria do ministro Ayres Britto, em que se versava questão alusiva às uniões homoafetivas, fiz ver que a proteção ao projeto de vida e à busca da felicidade tem alto valor existencial, regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, com a finalidade de assegurar a liberdade de ofício, impõe-se ao Estado o dever de colocar à disposição dos indivíduos, em condições equitativas de acesso, os meios para que aquela seja alcançada. Incumbe-lhe proporcionar a formação escolar, a preparação técnica, as modalidades de aprendizagem e as práticas cujos conhecimentos mostrem-se necessários ao exercício da atividade eleita. Esse dever entrelaça-se sistematicamente com a previsão da

cabeça do art. 205 da Carta da República, no que dispõe ser a educação direito de todos e dever do Estado e fazer-se voltada à qualificação para o trabalho.

No tocante ao exercício, se o ofício é lícito, surge a obrigação estatal de não opor embaraços irrazoáveis ou desproporcionais. Há o direito de obterem-se as habilitações versadas em lei para a prática profissional, observadas, igualmente, condições equitativas e as qualificações técnicas previstas na legislação. Segundo o constitucionalista português Jorge Miranda, a garantia compreende, ainda, "o direito de não ser privado, senão nos casos e nos termos da lei e com todas as garantias, do exercício da profissão" (*Manual de direito constitucional*, v. 4, 1998, p. 441). Por esse fundamento, foi proibida a interdição de estabelecimentos para compelir ao pagamento de tributos, consoante se depreende dos Verbetes 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Em ordem jurídica na qual prevaleça o princípio da liberdade de iniciativa – caso da brasileira, conforme os arts. 1º, IV, e 170, cabeça, da Carta Federal –, a escolha e o exercício do ofício representam apenas a faceta subjetiva, individual, daquela garantia maior de que as atividades econômicas serão livres.

Segundo proclamou o Tribunal Constitucional alemão, em julgado sobre o tema, a garantia "protege a liberdade dos cidadãos em um âmbito especialmente importante para a sociedade moderna, caracterizada pela divisão do trabalho: garante aos particulares o direito de adotar toda atividade que considerem apropriada como profissão, isto é, em convertê-las em base do seu sustento" (BVerfGE 7, 377 in Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, 2009, p. 319). Observem que o direito à liberdade de acesso e exercício de profissão não se esgota na perspectiva individual. A Lei Maior erigiu como fundamento da República o valor social do trabalho – art. 1º, IV. Daí a importância comunitária da garantia. Sob tal óptica, o trabalho mostra-se necessário para que sejam produzidos os bens essenciais à vida em sociedade, presente a divisão social dos afazeres.

Essa dimensão desvenda outro aspecto a ser realçado: o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez? Ora, precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, também ostenta relevância que transcende os interesses do próprio indivíduo. Em alguns casos, o mister desempenhado pelo profissional resulta em assunção de riscos – os quais podem ser individuais ou coletivos. Quando o risco é predominantemente do indivíduo – exemplo dos mergulhadores, dos profissionais que lidam com a rede elétrica, dos transportadores de cargas perigosas, etc. –, para tentar compensar danos à saúde, o sistema jurídico atribui-lhe vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou adianta-lhe a inativação. São vantagens que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam imposições compensatórias às perdas físicas e psicológicas que esses profissionais sofrem.

Quando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do art. 5º da

Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.

A alusão à dignidade da pessoa humana há de ser lida sob esse prisma, não se devendo levar o princípio às últimas consequências. Ao contrário do que ocorreu no julgamento da ADPF 132 – em que estava em jogo o reconhecimento da existência de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, situação que se restringia apenas a duas pessoas –, a liberdade de profissão não se resume à esfera particular. Certas profissões, como as de médico, engenheiro, arquiteto, se exercidas por pessoas despidas das qualificações técnicas necessárias, podem resultar em graves danos à coletividade. Foi essa lógica que conduziu à imposição de pena privativa de liberdade para o exercício ilegal de profissão, conforme o art. 47 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Nesse sentido, já proclamou o congênere alemão:

> A liberdade de exercer uma profissão pode ser restringida na medida em que considerações racionais de bem comum o façam parecer adequado; a proteção do direito fundamental se restringe à defesa frente a uma inconstitucionalidade, que se pode dar, por exemplo, quando se impõem condições excessivamente gravosas ou irrazoáveis. [BVerg 7, 377 in Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, 2009, p. 316.]

No fundo, o principal argumento do recorrente é a desproporcionalidade da exigência contida no art. 8º, IV, da Lei 8.906/1994. Isso porque alega, em síntese, que o exame não se presta à finalidade para a qual foi instituído, um problema de adequação. Segundo articula, o profissional da advocacia não pode ser presumido inepto para o exercício da profissão após cursar todo o ensino superior. Deve haver, sim, punição se cometer uma falta. Sustenta, então, a existência de violação ao subprincípio da vedação do excesso. No parecer, a Procuradoria-Geral da República aventou ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de profissão. Conforme consignado, a garantia da liberdade de profissão teve por objetivo banir os privilégios ostentados pelas corporações de ofício, que faziam o controle de acesso às profissões, criando verdadeiras castas. Quanto a essas últimas alegações, o problema diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito.

A esta altura, posso adiantar o entendimento de que o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício.

Analiso o argumento do recorrente no sentido de que o exame não pode ser considerado, só por si, como qualificação profissional, mas como "avaliação da qualificação" previamente obtida. Prevendo o inciso constitucional uma hipótese de reserva legal qualificada, isto é, de restrição a direito fundamental somente admissível quando vinculada a certo fim, supostamente ausente no caso concreto, haveria a inconstitucionalidade da exigência. O jogo semântico não impressiona. Cabe reformular a alegação, pois o que verdadeiramente contesta o

recorrente é a adequação do exame à finalidade prevista na norma maior – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade.

Há de entender-se a aprovação no exame, sem equívocos, um elemento que qualifica alguém para o exercício de determinada profissão. Qualificar-se não é apenas se submeter a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida. O argumento do recorrente não se sustenta: se o exame da Ordem "não qualifica", também não teriam o mesmo efeito as provas aplicadas pelas próprias universidades, as quais são condições essenciais à obtenção do bacharelado. Também elas seriam inconstitucionais? A resposta é desenganadamente negativa. O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados.

Segundo Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, 2006, p. 157), o Tribunal Constitucional alemão somente declara a inconstitucionalidade por violação ao subprincípio da adequação quando a medida restritiva aos direitos fundamentais apresentar-se evidentemente incapaz de atingir a finalidade para a qual foi implementada e não for, de qualquer maneira, plausível ou justificável. O parâmetro é acertado e coaduna-se com a óptica adotada pelo Supremo no julgamento da Rp 930, na qual se discutia preceito restritivo de acesso à profissão de corretor de imóveis. Aplicando-o ao caso, consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do direito. O quadro social antes descrito revela a adequação da exigência do exame da Ordem à realidade brasileira.

O subprincípio da vedação do excesso, normalmente traduzido na expressão "não se abatem pardais disparando canhões", atribuída ao jurista alemão Jellinek, envolve a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao poder público que escolha o menos gravoso aos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva esclarece que, "enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim" (*Direitos fundamentais*, 2010, p. 171). À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso.

No mais, de acordo com o conhecimento convencional, o poder de polícia pode ser exercitado em momento concomitante, prévio ou posterior ao ato ou conduta, e jamais se entendeu que tal atividade realizada previamente estaria em descompasso com a Constituição simplesmente porque seria viável a fiscalização em momento subsequente, quando já consumado o dano à coletividade. Um dos propósitos da ordem jurídica é precisamente impedir lesões ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos, razão pela qual o raciocínio empregado pelo recorrente não subsiste nesse ponto. Vale citar a definição de poder de polícia apresentada por Marcelo Caetano, centrada na missão estatal de evitar o dano social:

> É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício de direitos individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir. [*Princípios fundamentais do direito administrativo*, 1977, p. 269.]

No mesmo sentido, descabe a invocação do princípio da presunção de inocência, pois não se está atuando no campo do direito penal, tampouco há pretensão punitiva estatal. O que se tem é prevenção de danos, por meio da atuação antecipada do Estado, ou, em outras palavras, poder de polícia administrativa, que se traduz na prerrogativa estatal de aplicar "restrições e condicionamentos legalmente impostos ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista a assegurar uma convivência social harmônica e pacífica" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 2006, p. 395). No mesmo sentido, com propriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello consigna que:

> (…) pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, *ora preventiva*, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. [*Curso de direito administrativo*, 2007, p. 803, itálico acrescentado.]

Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental. É dizer: o perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do art. 5º da Carta? A resposta é positiva, por um conjunto de razões.

O Supremo tem feito referência ao inciso XIII do art. 5º da Lei Maior para proclamar a inconstitucionalidade de dispositivos que restringem o acesso ou o exercício de certas profissões, tal como ocorreu com a exigência de diploma de nível superior para a prática do jornalismo e a imposição de registro no órgão de classe para os músicos – respectivamente, RE 511.961, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, e RE 414.426, da relatoria da ministra Ellen Gracie, apreciados

pelo Plenário em 16 de junho de 2009 e em 1º de agosto de 2011. Sob a égide da Constituição de 1967, o Tribunal julgou procedente a Rp 930, da relatoria do ministro Cordeiro Guerra, relator para o acórdão o ministro Rodrigues Alckmin, assentando a inconstitucionalidade de preceito contido na Lei 4.116/1962, que restringia o acesso à profissão de corretor de imóveis.

Nas decisões mencionadas, o vetor preponderante do pronunciamento foi o risco trazido à coletividade. A possibilidade de perigo gerada pela atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao poder público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição. No RE 511.911/SP, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, fez ver Sua Excelência:

> Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias.

Igualmente, no RE 414.426/SC, consignou a ministra Ellen Gracie:

> O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

A mesma linha de raciocínio foi seguida no voto vencedor proferido pelo ministro Rodrigues Alckmin no julgamento da Rp 930. Cabe indagar: quem exerce a advocacia sem a capacidade técnica necessária afeta outrem? A resposta é desengadamente positiva. Causa prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe perecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciários, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente.

O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no art. 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assuma um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do País. Todo advogado é um potencial defensor do direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada. O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no art. 133 da Lei Maior, que o advogado mostra-se indispensável

à administração da Justiça. Insisto: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido.

Transparece claro o interesse social relativo à existência de mecanismos de controle – objetivos e impessoais – concernentes à prática da advocacia. O direito não apenas envolve questões materiais, mas também tutela situações existenciais. Já está superada a fase do direito centrado no patrimônio, do *ter*, e não do *ser*. Recentemente, ao julgar a ADPF 132, o Supremo proclamou a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, e os advogados tiveram papel fundamental ao veicular a pretensão. Em cada ação penal, *habeas corpus* e inquérito policial, põe-se em risco o direito à liberdade do cidadão. Nas ações civis e nos processos administrativos, por vezes, a honra fica em xeque. Sem embargo da dimensão extrapatrimonial, hoje em evidência, o patrono inepto poderá causar prejuízos à esfera patrimonial do cliente, bastando que emita opiniões teratológicas, formule pedidos absurdos, perca prazos, etc.

Além disso, a garantia constitucional de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva, prevista no inciso XXXV do art. 5º da Carta Federal, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, também impõe que seja posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão. Piero Calamandrei, em obra primorosa (*Eles, os juízes, vistos por um advogado*, 1997, p. 54), afirma que "os defeitos dos advogados reagem sobre os juízes, e vice-versa", isso para dizer que as duas carreiras estão umbilicalmente ligadas. É requisito essencial ao Estado Democrático de Direito o fortalecimento da advocacia, e a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem teria precisamente o efeito oposto.

Relembro que, exceto no Supremo, para o qual a indicação do presidente da República é livre, observados apenas os requisitos do art. 101, cabeça, da Lei Maior, os advogados estão presentes em todos os tribunais do País por expresso mandamento constitucional, conforme os arts. 94, 111-A, I, 119 e 103, II, além de integrarem os colegiados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a teor do inciso XIII do art. 103-B e do inciso V do art. 130-A, respectivamente. Destacam-se por participar da atividade censória aos membros da magistratura, excetuados os ministros do Supremo, e do Ministério Público de todos os ramos. Não é pouca coisa. Esses elementos reforçam a importância social do advogado.

Diz o recorrente que os médicos lidam com o direito à vida, sem o qual todos os demais ficariam sem significação, e que eles não estão sujeitos a exame de suficiência para o ingresso na carreira, fato revelador de violação ao princípio isonômico. Surge descabida a pretensão de aplicar idêntico regime jurídico a atividades distintas, marcadas por conhecimentos e técnicas próprios. Isonomia, na clássica definição de Aristóteles, é tratar os iguais de maneira igual e desigualmente os desiguais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, há inconstitucionalidade por ofensa à isonomia se "a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados" (*O*

conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 2010, p. 47). Com esse argumento, afasto a alegada pecha de desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

No mais, o equívoco não está nas rígidas exigências para o exercício da advocacia, antes o contrário. Caberia ao legislador impor a obrigatoriedade de exame para o exercício daquela outra nobre atividade, o que estaria em total consonância com o texto constitucional. O mesmo vale para as demais carreiras que representam riscos à coletividade, mas dispensam o teste de conhecimentos mínimos.

Nos casos envolvendo os corretores de imóveis, os músicos e os jornalistas, não há risco à coletividade pelo livre exercício das mencionadas profissões, daí o porquê de o Supremo ter adotado solução diferente da que é própria à espécie. Coerente com essa óptica, no julgamento do RE 511.591, proferi voto no qual assentei constitucional a exigência de diploma superior para o curso de jornalismo, exatamente por vislumbrar o risco à coletividade e o interesse coletivo no profissionalismo da atividade. Dessa posição, como já consignado, divergiu a sempre ilustrada maioria.

Também não merece prosperar a alegação do recorrente de que os baixos índices de aprovação seriam reflexo da reserva de mercado empreendida pelos atuais membros da Ordem. Parece-me, antes, que a redução do percentual de aprovados é resultado do acúmulo de bacharéis em direito que, sucessivamente e – infelizmente – sem êxito, repetem o exame em cada nova oportunidade.

Vejam os parâmetros para aprovação, conforme esclarecido em parecer do professor Luís Roberto Barroso. Sem número predeterminado de vagas, na prova objetiva, o candidato à inscrição deve perfazer 50% de acerto e, na discursiva, facultada a escolha da área do direito – penal, civil, trabalho, administrativo, tributário, etc. – o percentual de 60%, podendo o exame, sem o risco de jubilação – este sim, se existente, inconstitucional, tal como a delimitação de vagas –, ser repetido indefinidamente, realizando-se cerca de três vezes ao ano. Mostram-se grandes as chances de aprovação. Estarrece que apenas aproximadamente 15% dos candidatos sejam aprovados.

A Procuradoria-Geral da República entende que deixar a organização, idealização e correção da prova à Ordem implica ofensa à garantia constitucional da liberdade, por permitir a criação de uma casta. De fato, as limitações à liberdade de ofício hão de ficar orientadas pelo interesse público, jamais pelo interesse próprio da categoria, mas há argumentos de sobra para superar a objeção do ilustre procurador.

Como já assinalado, o teste de conhecimentos é impessoal e objetivo. Sua aplicação revela a observância dos princípios constitucionais relativos aos concursos públicos, embora não seja espécie deste gênero. A variação no grau de dificuldade das provas não esconde um fato óbvio: as questões estão circunscritas aos conhecimentos adquiridos ao longo da faculdade, disso não discrepando. Ora, é público o cabedal teórico que será exigido dos postulantes à admissão, e também o é o gabarito com as respostas esperadas para as questões. O quadro afasta

qualquer subjetivismo, cabendo, como sempre saliento, presumir aquilo que normalmente ocorre: a lisura dos organizadores e aplicadores do exame – tarefa hoje atribuída à Fundação Getúlio Vargas, instituição de seriedade inquestionável. Seria saudável, sem dúvida, haver membros de outras instituições públicas na comissão examinadora, mas a ausência desse componente não torna, só por si, inconstitucional a exigência do teste.

No mais, tem-se admitido o controle judicial de legalidade do exame, o que vem sendo feito pela via do mandado de segurança. Em último grau, o candidato poderá acionar o Judiciário para avaliar as eventuais ilegalidades cometidas pelas bancas. A análise de adequação entre o edital do exame e a prova é matéria de legalidade e pode ser objeto de controvérsia judicial – precedente: RE 434.708, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma em 21 de junho de 2006.

Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do art. 8º da Lei 8.906/1994 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.

Da compreensão adequada dos distintos e complemetnares papéis exercidos pelas instituições de ensino superior e autarquias profissionais

De acordo com o recorrente, a Constituição prevê que o ensino superior tem por objetivo qualificar os profissionais. Se um curso encontra-se regularmente credenciado pelo Ministério da Educação, não caberia ao órgão de classe dizer o contrário, sob pena de usurpar a prerrogativa estatal de credenciar instituições de ensino superior. Para corroborar a tese, evoca os arts. 205 e 209, II, da Constituição Federal, e 2º; 43, II, e 48 da Lei 9.394/1996. Transcrevo os dispositivos, para registro:

> *Constituição Federal*
>
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> (...)
>
> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
>
> (...)
>
> II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.
>
> *Lei 9.394/1996*
>
> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(…)
Art. 43. A educação superior tem por finalidade:
(...)
II – formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
(…)
Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

A argumentação do recorrente revela confusão entre os papéis das instituições de ensino superior e das organizações de classe. São competências relacionadas e complementares, mas inconfundíveis na essência. Às primeiras cabe ministrar o conteúdo educacional necessário à profissionalização do indivíduo e atribuir o grau respectivo, correspondente ao curso terminado. A universidade tem o nobre papel de preparar para o desempenho de certo ofício, mas não há, na Constituição, a vedação absoluta de que outra exigência seja feita ao formando para dedicar-se à profissão. Ao contrário, o inciso XIII do art. 5º da Carta Federal admite textualmente a restrição, desde que veiculada por lei em sentido formal e material.

A previsão de que o ensino superior visará à qualificação para o trabalho aponta uma meta a ser atingida. Descabe pensar que o grau acadêmico conferido pela universidade constitui presunção absoluta de capacidade para o exercício profissional. A atividade censória das autarquias profissionais demonstra que, não raro, a formação acadêmica é insuficiente à realização correta de determinado trabalho.

Vale notar que o bacharel em direito pode, a par de submeter-se ao exame para tornar-se advogado, exercer diversas outras atividades que dispensam a inscrição nos quadros da Ordem. Há, inclusive, aquelas em que a inscrição é proibida, por absoluta incompatibilidade, como no caso dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e dos quadros de apoio a tais carreiras. A incompatibilidade está prevista no art. 28 da Lei 8.906/1994. Observem que o Supremo já assentou que a realização de atividade jurídica para fins de posse na magistratura não se limita sequer aos cargos privativos de bacharel em direito – MS 27.604, rel. min. Ayres Britto, julgado pelo Plenário em 6 de outubro de 2010, entre outros.

Às autarquias profissionais, cabe implementar o poder de polícia das profissões respectivas. Cumprem o relevante papel de limitar e controlar, com fundamento na lei, o exercício de certo ofício, considerado o interesse público. Essa atividade não se confunde com o ensino ou mesmo com a atribuição, própria ao poder público, de credenciar instituições de ensino superior.

Nesse contexto, o art. 44 da Lei 8.906/1994 dispôs incumbir à Ordem dos Advogados do Brasil promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Essa prerrogativa se insere, como afirmei anteriormente, na lógica do poder de

polícia administrativa, o qual é dotado de natural vocação preventiva. Em rigor, embora não esteja submetida a tipo algum de hierarquia ou vinculação quanto à administração direta, a Ordem exerce *função pública* e, enquanto tal, vale-se dos poderes próprios ao Estado, inclusive os de tributar e de punir. Descabe afirmar que se trata de instituição privada e, por isso mesmo, sem legitimidade para assumir o especial encargo previsto no diploma citado.

Observem mais: o Supremo, na ADI 1.717-MC/DF, da relatoria do ministro Sydney Sanches, assentando a impossibilidade de transferir o poder de polícia para entidades de direito privado, vislumbrou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 58 da Lei 9.649/1998, em que se pretendeu transformar os conselhos de fiscalização profissional em associações privadas. O precedente vai de encontro à tese do recorrente, porquanto as instituições de ensino superior são majoritariamente pessoas jurídicas de direito privado, ressalvadas, obviamente, as instituições públicas que assumam a roupagem de fundações autárquicas e autarquias. Entender que os alunos provenientes de estabelecimentos públicos estariam dispensados de realizar o exame da Ordem seria – aí sim – implementar regime incompatível com o princípio da isonomia.

No julgamento da ADI 3.026, da relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo foi ainda mais longe, reconhecendo à Ordem o *status* de serviço público independente, porque executa não apenas funções corporativas, mas também institucionais. Basta recordar a legitimação para a propositura de ação direta, conforme o art. 103, inciso VII, da Carta Federal, e a vocação histórica para a defesa do Estado Democrático de Direito. Como se vê, a atividade censória desenvolvida pela Ordem fundamenta-se igualmente nessa posição singular que ocupa no cenário brasileiro.

Concluo, também sob tal ângulo, pela valia constitucional do exame de suficiência para o acesso à advocacia, assim como da prerrogativa conferida à Ordem dos Advogados do Brasil de aplicá-lo, promovendo, em caráter privativo, a seleção dos advogados na República Federativa do Brasil. Passo a analisar o último argumento, concernente à suposta violação ao princípio da legalidade, em razão da delegação efetuada pelo art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994.

Da inexistência de delegação legislativa à Ordem dos Advogados do Brasil e de usurpação da competência privativa do presidente da República

O recorrente diz da inconstitucionalidade da delegação da disciplina do exame à Ordem dos Advogados do Brasil, por ofensa ao princípio da legalidade, porquanto, segundo o art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994, a regulamentação há de ocorrer por meio de provimento. Afirma, mais, que tal competência deveria ser do presidente da República, a teor do art. 84, IV, do Diploma Maior. O recorrido, para rebater a alegação, sustenta que o preceito legal teve por objetivo trazer uniformidade ao exame, já que o Estatuto da Advocacia delega às seccionais a tarefa de aplicá-lo, conforme o art. 58, VI, da Lei 8.906/1994. Afirma equivaler o

regulamento a uma portaria ou ordem de serviço, ou seja, um ato administrativo subordinado, editado com o propósito de dar execução à previsão legal.

Em outras palavras, a questão suscitada é a seguinte: poderia o legislador atribuir à Ordem a prerrogativa de disciplinar a realização do exame para ingresso na advocacia de maneira tão sucinta?

Não cabe interpretar o mencionado artigo, embora pareça dotado de pouca densidade normativa, de forma solitária, olvidando-se a sistematicidade própria ao ordenamento jurídico. Digo isso porque, a toda evidência, o conteúdo da prova não poderá discrepar daquelas matérias que se enquadram nas diretrizes curriculares do curso de graduação em direito, assim definido pelo Ministério da Educação, e hoje disciplinadas no art. 5º, cabeça e incisos, da Resolução CNE/CES 9, de 29 de setembro de 2004, editada com fundamento no art. 9º, § 2º, *c*, da Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei 9.131, de 25 de novembro de 1995. Também poderão constar do teste as regras pertinentes ao exercício profissional da advocacia, tal como o Código de Ética e os ditames da Lei 8.906/1994.

Com essa consideração, assevero que não há, no § 1º do art. 8º da Lei 8.906/1994, uma genuína delegação de poderes legislativos à autarquia corporativa. Sobre a distinção entre lei e regulamento de execução, José Afonso da Silva pontua que:

> A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada. [*Comentário contextual à Constituição*, 2010, p. 490.]

O trecho transcrito retrata com fidelidade o conhecimento convencional acerca da distinção entre lei e regulamento. Ora, se estão explicitados, nas leis regedoras da matéria, tanto o requisito para a inscrição – aprovação em exame de conhecimentos – quanto o respectivo conteúdo – diretrizes curriculares mínimas do curso de bacharelado em direito e matérias correlatas ao exercício da advocacia –, nada mais natural do que transferir à Ordem a prerrogativa de editar as regras necessárias à operacionalização do teste. O provimento da entidade não será capaz de criar obrigação nova, mas simplesmente de dar concretude àquela já prevista em caráter abstrato. É o que se passa, de maneira análoga, com os concursos públicos, nos quais cabe à administração definir, por meio do edital, como será realizado. Salta aos olhos a inexistência de inconstitucionalidade nessa prática.

Entender-se que o princípio da legalidade implica impor ao legislador o exaurimento de toda a matéria relativamente ao exercício do poder de polícia significa alargá-lo. A crença de que as condutas adotadas pelo poder público devem estar exaustivamente versadas em lei em sentido formal e material somente tem contribuído para o desprestígio da atividade legislativa, porquanto se traduz na produção desenfreada de leis, hoje na casa das centenas de milhares. A reserva

de lei revelada no inciso XIII do art. 5º da Carta da República esgota-se na previsão abstrata de que a aprovação no exame consubstancia requisito para o exercício profissional da advocacia, sendo certo que a disciplina dos detalhes a respeito da prova podem – e devem – ficar a cargo da própria Ordem.

O direito, para manter-se atual, tem de estar aberto aos influxos sociais. Na quadra vivida, as mudanças constantes e rápidas tornam difícil ao operador do direito acompanhá-las e, com maior razão, ao legislador. Antes se pensava no passar do tempo como algo positivo ao direito, necessário à maturação das questões jurídicas, à reflexão sobre temas com relevante impacto social. Hoje, um simples piscar de olhos pode nos fazer obsoletos. Cito os avanços em campos como o da genética, das relações sociais, da internet, etc. Nesse contexto, o princípio da legalidade há de ser tomado em termos, não devendo prosperar a conclusão segundo a qual, ainda que a natureza da obrigação jurídica reclame certa integração em nível administrativo, surgiria, por tal razão, inexigível. A propósito, vejam a passagem de Karl Engisch, que bem retrata essa óptica:

> O princípio da legalidade da actividade jurisdicional e administrativa, em si, permanece intocado. (...) As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. [*Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 207.]

A previsão do § 1º do art. 8º do Estatuto da Advocacia reclama edição de genuíno regulamento executivo (ou de execução), destinado a tornar efetivo o mandamento legal. A Constituição Federal não impôs a reserva absoluta de lei para a restrição à liberdade de profissão, tal como fez quanto aos crimes, penas e tributos, conforme os arts. 5º, XXXIX, e 150, I. No mais, é impossível acolher a visão de que os regulamentos de execução constituem-se em mera repetição daquilo que está na lei, sob pena de retirar-lhes completamente o sentido e a utilidade. Ao reverso, há de reconhecer-lhes certo espaço normativo, embora limitado, atinente à integração entre a obrigação legal e a realidade concreta. Nesse sentido, André Cyrino dos Santos aponta:

> (...) os regulamentos de execução são todos aqueles que se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei sem contrariá-la, sendo que tal execução não está cingida à literalidade legal, mas sim à interpretação de certa maneira criadora do direito em cumprimento e complementação do espírito e do conteúdo da norma legislativa. [*O poder regulamentar autônomo do presidente da República*, 2005, p. 91.]

Com essas considerações, passo a analisar a suposta violação ao art. 84, IV, da Carta Federal. O argumento consiste na alegada usurpação de competência privativa do presidente da República para editar o regulamento de execução. Também aqui não há inconstitucionalidade a ser declarada. A atribuição

constitucional aludida pelo recorrente não impede que a lei confira a entidades da administração pública, públicas ou privadas, a prerrogativa de concretizar, por meio de atos gerais e abstratos, alguns aspectos práticos que lhe concernem. A justificativa mais óbvia para isso encontra-se na possibilidade de revisão, por parte do chefe do Executivo, dos mencionados regulamentos, porquanto subordinados à autoridade hierárquica presidencial (art. 84, II, da Carta Política). Essa explicação, porém, não daria conta dos entes e órgãos que não ficam inteiramente submetidos a esse mecanismo de controle. Sobre esses, como é o caso da Ordem, a justificação exige reflexão maior.

Notem a nova feição da administração pública moderna. Conforme enfatiza a doutrina, a estrutura administrativa estabelecida em termos de hierarquia quase militar, na qual o chefe do Poder Executivo figurava no topo da pirâmide, já não corresponde perfeitamente à imagem organizacional do Estado. As entidades autárquicas tradicionais, cuja disciplina geral encontra-se no Decreto-Lei 200/1967, representam rompimento desse esquema, porquanto operam de forma autônoma, sujeitas unicamente às previsões de lei. Mais recentemente, importou-se para o Brasil o modelo das autoridades administrativas independentes, também denominadas agências reguladoras, as quais nada mais são que autarquias dotadas de autonomia reforçada. Com efeito, há figuras administrativas que ostentam razoável espaço de liberdade em relação ao próprio chefe do Poder Executivo, ou ao menos devem ostentar.

Observem: são pessoas jurídicas que inequivocamente compõem a administração pública, exercem atividade administrativa – poder de polícia –, mas que não estão submetidas aos mecanismos clássicos de hierarquia ou tutela. Editam regulamentos e tomam decisões finais, sem possibilidade de revisão pelo titular do Poder Executivo. A esse cenário tem sido atribuído o rótulo de administração pública policêntrica, em contraposição ao modelo piramidal, no qual os órgãos e entes da administração reconduzem atos e condutas à legitimação popular obtida, nas urnas, pelo chefe do Executivo. Sobre esse tema, assim discorreu Gustavo Binenbojm:

> O que parece importante destacar, do exposto, é o caráter multiforme na utilização das autoridades independentes. Como se disse logo no introito, o modelo de autoridades administrativas independentes vem se difundindo mundo afora para a regulação dos diversos setores sensíveis da vida econômica e social, aí incluídos os direitos fundamentais. [*Uma teoria do direito administrativo*: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2006, p. 248.]

Sabemos que o poder político mostra-se uno e que a divisão horizontal atende à lógica da contenção do poder pelo próprio poder, conforme o célebre axioma de Locke e de Montesquieu, mas o princípio da separação de Poderes ou funções é mais do que contenção do poder: é otimização das funções públicas; é distribuição racional das tarefas do Estado. Impõe-se reconhecer que ele também está voltado à eficiência, à realização dos fins do Estado com maior presteza e segurança. Sob essa perspectiva, entende-se, por exemplo, ser constitucional

a relativa independência dos titulares das agências reguladoras. Esse modelo já foi placitado pelo Supremo, consoante acórdãos atinentes à apreciação da ADI 1.668-MC/DF, cuja redação coube a mim, e da ADI 1.949-MC/RS, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

A previsão contida no § 1º do art. 8º da Lei 8.906/1994 deve ser analisada no contexto geral de reorganização das funções públicas. A Ordem dos Advogados do Brasil, precisamente em razão das atividades que desempenha, não poderia ficar subordinada à regulamentação presidencial ou a qualquer órgão público, não só quanto ao exame de conhecimentos, mas também no tocante à inteira interpretação da disciplina da Lei 8.906/1994, consoante se verifica do art. 78, a determinar que cabe ao Conselho Federal expedir o regulamento geral do estatuto. Nesse campo, a vontade superior do chefe do Executivo não deve prevalecer, mas sim a dos representantes da própria categoria. Vale trazer à balha passagem do voto do ministro Eros Grau proferido na ADI 3.026/DF, quando Sua Excelência assentou:

> Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o art. 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público.

A própria natureza das atividades exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, decorrente da leitura que o Supremo faz do art. 133 da Carta Federal, demanda e justifica o regime especial previsto pela Lei 8.906/1994.

Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o § 1º do art. 8º da Lei 8.906/1994, seja porque não corresponde a autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do art. 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação da competência do presidente da República versada no art. 84, IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência.

Ante tais fundamentos, conheço do extraordinário e o desprovejo.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, Egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes, mercê do brilhantismo do voto do eminente ministro Marco Aurélio, a envergadura do tema impõe-nos algumas digressões, ora coincidentes, ora sob outra óptica, que me cabem aqui nesse momento fazer.

Vou direto ao ponto. O primeiro dos argumentos expostos no recurso extraordinário em apreço diz respeito a eventual violação da liberdade de

ofício ou liberdade profissional, consagrada no art. 5º, XIII, da Constituição da República, *verbis*:

> Art. 5º (...)
> (...)
> XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

In casu, impugna-se a restrição legal ao direito consagrado no mencionado dispositivo da Constituição, consubstanciada no art. 8º, IV, e em seu § 1º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que dispõem, em textual:

> Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:
> (...)
> IV – aprovação em Exame de Ordem;
> (...)
> § 1º O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

Impõe-se afirmar, antes de tudo, o que entender por *qualificação profissional,* naquilo que se traduz como fundamento constitucionalmente admissível de restrição do direito fundamental ao livre exercício das profissões. Cuida-se aqui de compreender os cognominados "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*) ou limites imanentes, parâmetros constitucionais a orientar o legislador quando da restrição legal às liberdades constitucionais.

Na escorreita lição de *Jane Reis Gonçalves Pereira*, professora adjunta de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297 et seq.), os "limites dos limites" são "pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos". Dessa forma, é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) *reserva de lei*, (ii) a observância da *proporcionalidade* e (iii) a *proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental*.

No que concerne à reserva de lei, percebe-se que se trata daquilo que, em sede doutrinária, o ministro *Gilmar Mendes* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234 et seq.) denomina **reserva legal qualificada**: a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.

É certo que não se impugna, neste feito, a inscrição na OAB em si como requisito para o exercício da advocacia. Portanto, a questão a enfrentar neste

tópico é a seguinte: a delegação legislativa da regulamentação do Exame de Ordem ao Conselho Federal da OAB viola a reserva de lei fixada na supracitada disposição constitucional?

Muito embora seja a OAB uma entidade privada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, de há muito, sua posição constitucionalmente privilegiada. No julgamento da ADI 3.026 (rel. min. Eros Grau, j. 8-6-2006), por exemplo, fez-se constar da ementa o seguinte:

> 3. A OAB não é uma entidade da administração indireta da União. **A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro**. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da administração indireta, a OAB não está sujeita a controle da administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [art. 133 da CB/1988]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. **A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional**. (...). [Grifou-se.]

A advocacia se submete, no Brasil, ao que *Vital Moreira* (*Autorregulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 88) denomina de autorregulação pública. Nas palavras do mestre português,

> **A autorregulação pública é aquela protagonizada por organismos profissionais ou de representação profissional dotados de estatuto jurídico-público A autorregulação é legalmente estabelecida: os organismos autorregulatórios dispõem de poderes típicos das autoridades públicas. As normas de regulação profissional são para todos os efeitos normas jurídicas dotadas de coercibilidade.**
>
> A autorregulação pública pode resultar de dois movimentos totalmente distintos. De um lado, pode ser consequência da publicização de formas de autorregulação privada preexistente; do outro lado, pode resultar da **entrega de funções reguladoras originariamente estaduais a organismos de autorregulação propositadamente criados para o efeito**.
>
> Nos sistemas de direito administrativo continental, o exemplo mais típico de autorregulação profissional é a das **ordens profissionais que são organismos de regulação das chamadas profissões liberais**. O seu nome e número varia de país para país. Mas, para além dessas diferenças, subsiste um conjunto de características comuns essenciais: a natureza jurídico-pública, como "corporações públicas" (exceptuado o caso controvertido da França); a filiação obrigatória, como condição do exercício da profissão; o poder regulamentar; **a regulamentação e/ou implementação das regras de acesso à profissão e do exercício desta**; a formulação e/ou aplicação dos códigos de deontologia profissional; o exercício da disciplina

> profissional, mediante aplicação de sanções, que podem ir até a expulsão, com a consequente interdição do exercício profissional. [Grifou-se.]

O modelo brasileiro se enquadra na segunda definição de *Vital Moreira*, em que a lei prevê normas gerais para a disciplina de sua atividade, mas confere à OAB, observados os parâmetros legais previamente determinados, atribuição para regulamentar o exercício profissional. No caso, a Lei 8.906/1994 fixou, como requisito indispensável à inscrição na OAB – e, portanto, ao exercício da advocacia – a aprovação no Exame de Ordem. Percebe-se, com isso, que a restrição à liberdade fundamental de ofício está presente na *lei formal*, atendendo-se, portanto, ao limite imanente da reserva de lei.

A delegação legislativa de regulamentação do Exame de Ordem ao Conselho Federal da OAB não fere a reserva de lei, ao menos sob uma perspectiva moderna do princípio da legalidade. *Alexandre Santos de Aragão* (A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de direito administrativo*, 236: 51-64, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2004), forte no magistério de *Charles Eisenmann*, assinala que a concepção da reserva legal deve deixar à lei formal a previsão de habilitação de competências e a principiologia que deverá orientar a sua regulamentação infralegal. Do contrário, impor-se-ia uma rigidez à disciplina do Exame de Ordem incompatível com a dinâmica da sociedade.

A evolução social demanda flexibilidade das normas regulatórias, o que não é diferente no campo da advocacia. A multiplicidade e a complexidade crescentes das relações sociais aumentam a necessidade de permanente reavaliação dos critérios e métodos de aferição da qualificação profissional do advogado, sendo certo que o esgotamento da matéria na lei rapidamente causaria a obsolescência da sua disciplina.

De outro giro, também não seria adequado afirmar que a regulamentação deveria dar-se exclusivamente por intermédio do decreto presidencial, na forma do art. 84, IV, da Constituição Federal. Trata-se de ideia já superada pela solidificação do direito regulatório, admitindo-se pacificamente a delegação legislativa em favor das agências reguladoras independentes.

Não se pretende, evidentemente, classificar a OAB como uma agência reguladora – já se assinalou a sua natureza privada. No entanto, sua condição *sui generis* desafia a clássica repartição de funções estatais e a coloca, de algum modo, entre os centros de poder político daquilo que o emérito professor *Diogo de Figueiredo Moreira Neto* (*Poder, Direito e Estado*: O direito administrativo em tempos de globalização – *in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011) denomina de *Estado policrático*. Afinal, cuida-se de entidade com atribuições institucionais relevantíssimas, como, por exemplo, a propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para as quais exibe o *status* de legitimada universal, isto é, fica dispensada de demonstração de pertinência temática.

Ao mesmo tempo, remanesce a OAB como entidade de autorregulação profissional, à qual se confia a disciplina infralegal da advocacia. Faz sentido que assim o seja, pois a própria legitimidade democrática da regulação profissional da advocacia também repousará na observância da visão concreta do mercado e de suas práticas usuais (em constante transformação), sem prejuízo das medidas corretivas que se eventualmente fizerem necessárias. Portanto, conferir à entidade de classe a fixação dos marcos regulatórios que orientarão a atividade profissional de seus próprios filiados é, em princípio, consagrar a *reflexividade* que, segundo *Sergio Guerra* (*Discricionariedade e reflexividade*: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008), legitima a atividade regulatória.

A análise dos dois itens seguintes – a proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial da liberdade profissional – confundem-se com a questão de se a exigência de prévia aprovação no Exame de Ordem para a inscrição na OAB e, por conseguinte, para o exercício da advocacia, se enquadra na previsão constitucional de *qualificação profissional* a que alude o art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Em seu percuciente voto, no julgamento do RE 511.961, o eminente ministro *Gilmar Mendes*, então relator, recordou a dicção das Constituições brasileiras anteriores, que subordinavam o exercício profissional ao preenchimento das "*condições de capacidade*". Na ocasião, remeteu ao voto do ministro *Thompson Flores* no julgamento do RE 70.563/SP e à lição de *Sampaio Dória*, para assentar que a exigência de capacidade técnica se revela imperiosa para o exercício de profissões cujo desempenho por indivíduo inepto, desprovido de formação específica para tanto, possa causar prejuízo direto a direito de terceiros. Mencionou, ainda, o voto condutor do ministro *Rodrigues Alckmin* na Rp 930, segundo o qual haverá de ser reconhecida a inconstitucionalidade de restrição legal que seja desproporcional à liberdade de exercício profissional e que viole o conteúdo essencial dessa liberdade.

Não pode haver dúvida de que a advocacia é atividade profissional que demanda formação técnica específica. Também é indiscutível a sua relevância constitucional, haja vista o posicionamento da advocacia entre as funções essenciais à justiça (art. 133 da Constituição Federal), a cuja administração, por dicção expressa da Carta Magna, é indispensável. Ressalvados o *habeas corpus* e outros casos especificamente previstos em lei – como, por exemplo, as reclamações trabalhistas e as ações de valor inferior a vinte salários mínimos, no âmbito dos juizados especiais cíveis – o advogado é o profissional que deterá a capacidade postulatória para o acesso à justiça, que, por sua vez, é garantia constitucional instrumental ao exercício dos direitos fundamentais.

Destarte, o desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte. A representação judicial despreparada pode custar a um indivíduo a sua liberdade, o imóvel em que reside, a guarda de seus filhos; a consultoria jurídica prestada por profissional desprovido da necessária

habilitação técnica pode submeter o seu cliente a sanções gravosas, ocasionando prejuízos capazes de fechar empresas. Por essas razões, existe justificativa plausível para a prévia verificação da qualificação profissional do bacharel em direito para que possa exercer a advocacia. Sobreleva, *in casu*, interesse coletivo relevante na aferição da capacidade técnica do indivíduo que tenciona ingressar no exercício profissional das atividades privativas do advogado.

Seria possível argumentar, em oposição a essa linha de raciocínio, que competiria à OAB apenas a fiscalização *a posteriori* da deficiência técnica dos advogados, sem que, no entanto, se conferisse à entidade o controle apriorístico da qualificação profissional. Contudo, é posição que não resiste às seguintes observações: primeiramente, é certo que o art. 5º, XIII, da Constituição Federal deve ser conjugado com o art. 22, XVI, que confere à União a competência legislativa privativa para estabelecer *condições para o exercício de profissões*.

Vale dizer, a própria Constituição conferiu ao legislador a faculdade de determinar que o exercício de determinadas atividades profissionais sejam submetidas ao prévio atendimento de condições específicas. É disso que se trata no caso em testilha: a aprovação em exame elaborado com vistas à avaliação da qualificação técnica do indivíduo.

Em segundo lugar, trata-se de questão de razoabilidade. Fere o bom senso, *data maxima venia*, que se reconheça à OAB a existência de autorização constitucional unicamente para o controle *a posteriori* da inépcia profissional, restringindo sua atribuição, nesse ponto, a mera atividade sancionatória. Não se pode admitir que, para que seja deflagrada a fiscalização da capacidade técnica do advogado pela OAB, a atuação desqualificada desse profissional já tenha sido capaz de ocasionar lesão – cuja gravidade pode ser imensurável – ao seu cliente ou a terceiros. Evidentemente, o profissional que, reiteradamente, incide em erros que revelam manifesta inépcia merecerá a sanção da respectiva entidade de classe (observadas, naturalmente, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa), mas isso não pode significar a impossibilidade de serem adotadas as medidas preventivas. Não é razoável, repita-se, que se espere o arrombamento da fechadura para que só depois se lhe ponha o cadeado; é salutar, ao revés, que se possa estabelecer providência de verificação *a priori* da qualificação técnica do profissional, como se faz por intermédio do Exame de Ordem.

Resta evidente, então, que a aprovação no Exame de Ordem é uma *condição para o exercício da profissão de advogado*, assim prevista em lei, pela qual se verifica se o indivíduo dispõe da *qualificação técnica* necessária ao desempenho profissional minimamente admissível. Portanto, atenderia, em princípio, ao que dispõem o art. 5º, XIII, e o art. 22, XVI, da Constituição Federal, a não ser que houvesse violação ao princípio da proporcionalidade ou ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade profissional, afrontando a proibição de excesso.

Ocorre que o Exame de Ordem logra êxito no triplo teste de proporcionalidade. Com efeito, trata-se de medida *adequada* à finalidade a que se destina, qual seja, a aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia

em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do profissional inepto cause prejuízo à sociedade. Observe-se que a adequação não se confunde com a *perfeição*: não seria necessário que o Exame de Ordem fosse o *único* e nem mesmo o *melhor* meio de atingir o fim colimado, mas que seja apto, numa relação de causa e efeito, a ocasionar a consecução de seu propósito.

O debate ainda pode ser enriquecido com a apreciação da experiência estrangeira. Tome-se como exemplo o caso dos EUA, onde o exercício da advocacia é condicionado à aprovação no *Bar Exam*. A edição de novembro de 2005 do periódico *The Bar Examiner*,[1] publicado pela *National Conference of Bar Examiners* (entidade privada responsável pela uniformização dos *Bar Exams* nos diversos estados da federação norte-americana), apresenta uma série de ensaios publicados por especialistas que comentam os processos de avaliação prévia da qualificação profissional para a advocacia nos vários Estados dos EUA e também em outros países, como no Reino Unido e no Canadá. De todos os textos se extrai um ponto em comum: ainda que se considere que um exame escrito não seja a melhor forma de aferir o requisito da qualificação técnica de um indivíduo para o exercício da profissão, há consenso quanto à importância de se realizar uma fiscalização apriorística das capacidades profissionais para o desempenho profissional da advocacia.

Prosseguindo-se no teste de proporcionalidade, o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da *necessidade* ou *exigibilidade*, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido. Afinal, cuida-se de exame realizado com periodicidade quadrimestral, de modo que o bacharel em direito dispõe de três oportunidades anuais para o prestar. O exame é objetivo e impessoal, padronizado, e não existe nenhum tipo de previsão de jubilação – o indivíduo pode prestar o exame de Ordem quantas vezes forem necessárias até a sua aprovação. Por fim, existe previsão normativa para isenção de taxa de inscrição para os economicamente hipossuficientes. Não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica.

De óbvia constatação, então, será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas. De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia.

No que concerne, por seu turno, à eventual violação do núcleo essencial da liberdade profissional, também não se enxerga a sua ocorrência. Como visto acima, qualquer bacharel em direito pode prestar o Exame de Ordem quantas vezes for necessário até a sua aprovação, sendo certo que não há qualquer

[1] Disponível em http://www.nbcex.org/. Consulta em 13-9-2011.

limitação numérica de aprovados – todos os que obtêm aprovação adquirem o direito de inscrever-se na OAB.

Mas existe, ainda, um argumento – sedutor, reconheça-se – de que outras profissões de grande relevância social não exigem, para a inscrição nos respectivos órgãos de classe, prévia aprovação em um exame, como, por exemplo, é o caso dos médicos, que são inscritos na entidade de classe tão somente com a conclusão do curso de graduação. Porém, trata-se de tema longe de ser pacífico: a título apenas ilustrativo, é bem de ver que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 217/2004, de autoria do senador *Tião Viana* (PT-AC), com o objetivo de instituir o exame nacional de proficiência em medicina como requisito legal para o exercício da medicina no país.

Na verdade, a circunstância de atualmente não haver a obrigatoriedade legal de aprovação em exame como requisito para o exercício de uma determinada profissão não significa que a lei não possa passar a exigi-la, tendo em vista as considerações já expendidas. Nos EUA, por exemplo, a prática da medicina sujeita-se a uma longa bateria de exames (o *United States Medical Licensing Examination – USMLE – Program*), que compreende não apenas a realização de testes de múltipla escolha, como também a realização de provas práticas e simulações, como noticia *Susan M. Case*, Ph.D (Licensure in My Ideal World. *The Bar Examiner*, November 2005: 28-30.)

Nessa ordem de ideias, evidencia-se que a insurgência contra o Exame de Ordem estará a revelar que o problema, se houver, não reside na realização do exame em si, mas na forma como o mesmo é elaborado. O problema, destarte, não seria de *um* exame, mas *deste* exame, da maneira em que hoje é realizado. Se é assim, não se poderia falar em inconstitucionalidade da lei que o obriga, mas de eventual afronta à própria legislação de regência, desbordando-se, com isso, do controle de constitucionalidade que compete a esta Corte.

O mesmo argumento pode ser estendido às alegações de elevado nível de dificuldade ou de uma inobservância do conteúdo programático a que se vincula e até mesmo de um suposto descompasso entre esse conteúdo e a estrutura curricular dos cursos de graduação em direito – neste particular, note-se que o Provimento 109/2005, do Conselho Federal da OAB, é expresso na vinculação às diretrizes curriculares instituídas pelo Conselho Nacional de Educação para as disciplinas que integram o eixo de formação profissional do curso de graduação em direito (art. 5º, § 1º). Todas essas questões serão apreciadas em cada caso concreto, sem inquinar de invalidade, de per se, a própria previsão legal.

Sem prejuízo do exposto, há outras alegações que se afiguram, *concessa venia*, insubsistentes. Afirma-se que o Exame de Ordem instituiria uma espécie de *reserva de mercado*, tese presente tanto nas razões recursais como no parecer ministerial. A conclusão de que a previsão legal da obrigatoriedade do Exame de Ordem pode consistir numa reserva de mercado, feita *in abstracto*, não resiste às observações de que: (i) a cada quatro meses, realiza-se novo exame, aberto a quaisquer bacharéis, ainda que reprovados em edições anteriores, sem nenhuma

restrição; (ii) não há limite do número de aprovados para posterior inscrição na OAB; e (iii) há regime próprio de isenção de custas para os hipossuficientes. E o que resta dizer, então, à luz da previsão expressa de que o Exame de Ordem é franqueado também aos bacharelandos que estejam cursando os últimos períodos do curso de graduação e, assim, podem ingressar logo no mercado de trabalho, reduzindo ao máximo o hiato entre a conclusão do curso superior e o início do exercício profissional (art. 2º, § 1º, do Provimento 109/05)? É uma previsão claramente inclusiva, incompatível com a alegada reserva de mercado.

Demais disso, ainda que fosse possível alegar que o Exame de Ordem produza uma reserva de mercado *in concreto*, seria necessário que houvesse demonstração fática de sua ocorrência e, nesta instância, um reexame de prova, inviável em sede de recurso extraordinário (Súmula 279 deste STF).

Também não convence, *permissa venia*, a ideia de que a OAB, por intermédio do Exame de Ordem, faria uma avaliação dos cursos de graduação. Muito embora sejam publicadas estatísticas de aprovação no exame para as diversas instituições de ensino superior, trata-se de medida de cunho meramente informativo, que, num ambiente democrático, pode legitimamente pautar a escolha de um estudante relativamente à instituição para cujas vagas pretende concorrer. Isso não descaracteriza o fato de que são esferas de apreciação inteiramente distintas – afinal, a OAB não possui atribuições sancionatórias sobre as universidades e o Ministério da Educação se fia em outros critérios para a avaliação dos cursos superiores, como, por exemplo, a formação do corpo docente, a constituição das bibliotecas e de laboratórios de informática etc.

Há mais a se dizer sobre este tópico. Não parece haver dúvida de que, ao menos em linha de princípio, objetiva-se, com o exame, aferir se o bacharel detém os mínimos conhecimentos teóricos e práticos para o adequado exercício da profissão. Em síntese, é por intermédio do Exame de Ordem que se *certifica* que o bacharel está apto ao exercício profissional da advocacia – é, portanto, uma espécie de *certificação profissional*. Essa é a finalidade do exame, dirigida ao bacharel, e não à instituição em que se graduou.

O estabelecimento da obrigatoriedade de certificação para o exercício de determinadas atividades profissionais é fato corriqueiro em diversos segmentos econômicos. No âmbito do Sistema Financeiro Nacional, por exemplo, a Lei 4.595/1964 confere ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência normativa para regular as atividades nela disciplinadas (art. 4º, VIII). No exercício dessa competência, o CMN editou a Resolução 3.158/2003, cujo art. 1º estabelece que, nas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, os seus empregados, para exercerem, na própria instituição, as atividades de distribuição e mediação de títulos, valores mobiliários e derivativos, deverão, obrigatoriamente, ser considerados aptos em *exame de certificação organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica*, como, por exemplo, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA).

Por tantas razões, não se vislumbra, *in casu*, invalidade da legislação questionada. Entretanto, existe ainda um ponto merecedor de especial atenção. O recorrente afirma que há incongruência no fato de a OAB exercer fiscalização na realização de quaisquer concursos jurídicos e que tenha assento no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas que não haja qualquer espécie de controle sobre o Exame de Ordem, que seria aplicado sem a necessária transparência.

Com efeito, a questão justifica uma reflexão mais aprofundada. Como é cediço, a OAB tem participação constitucionalmente assegurada em todas as fases dos concursos públicos para cargos na Magistratura (art. 93, I), do Ministério Público (art. 129, § 3º) e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132). Possui assento no CNJ (art. 103-B, XII) e no CNMP (art. 130-A, V), apresenta listas sêxtuplas para a composição dos Tribunais inferiores e do Tribunal Superior do Trabalho por intermédio do quinto constitucional (art. 94 e art. 111-A, I, respectivamente), bem como para a composição de um terço do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, II). Os advogados integram, ainda, o Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II) e os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 120, § 1º, III), além dos diversos órgãos colegiados da administração pública em que, por disposição legal, há advogados indicados pela OAB.

É estreme de dúvida que há justificativa constitucional para tanto. A participação da OAB nos concursos públicos, nos Conselhos e Tribunais revela a preocupação do constituinte (originário ou reformador, conforme o caso) com o estabelecimento de ferramentas de fiscalização social do exercício do poder público. Demais disso, a presença da OAB na organização e nas comissões examinadoras de concursos públicos funciona como um mecanismo crucial para a oxigenação dos certames, na medida em que podem oferecer ângulos de visão diferentes – às vezes, opostos –, com o que contribuirá, dialeticamente, para a seleção de profissionais de visão mais abrangente do direito para o exercício de carreiras típicas de Estado.

O oposto, no entanto, não ocorre. O art. 3º, § 3º, do Provimento 109/2005, do Conselho Federal da OAB – cuja inconstitucionalidade também foi arguida neste feito – determina que a composição das bancas examinadoras deverá contemplar, no mínimo, três advogados com experiência didática, mas não obriga à participação de integrantes de outras carreiras jurídicas, como a Magistratura, o Ministério Público ou mesmo a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, que, conquanto sejam compostas de advogados também inscritos na OAB, possuem perspectivas bem próprias da advocacia em si, moldadas pelo exercício de suas atribuições institucionais. O mesmo se dirá em relação aos docentes universitários. Todas essas categorias poderiam oferecer contribuições relevantes para o aperfeiçoamento do Exame de Ordem e, não é demais assinalar, em vários dos Estados norte-americanos o *Bar Exam* é organizado pelo Poder Judiciário.

Essa possibilidade de, em tese, manter-se a elaboração e a organização do Exame de Ordem exclusivamente nas mãos de membros da OAB, sem a presença de partícipes externos, suscita questionamentos quanto à observância dos

princípios democrático e republicano. A atribuição à OAB de funções regulatórias do exercício profissional decerto a submete à *responsividade* que acompanha o desempenho de qualquer *munus publico*. Nesse diapasão, cumpre à OAB atender às *exigências constitucionais de legitimidade democrática* da sua atuação, que envolve, dentre outros requisitos, a abertura de seus procedimentos à participação de outros segmentos da sociedade.

Além disso, o princípio democrático, hoje sob um enfoque comunicativo, dialógico, há de ser visto como uma "rua de mão dupla". As instituições aperfeiçoam seus processos decisórios com a contribuição recíproca, num círculo virtuoso em que são absorvidos os múltiplos e plurais aportes de todos os setores da sociedade, que se identificam mutuamente nos respectivos discursos e, aderindo a eles pelo consenso, conferem-lhes a legitimidade indispensável ao atingimento de patamares civilizatórios mais elevados.

Não se pretende sustentar, por óbvio, a quebra do caráter técnico do Exame de Ordem que o descaracterize como mecanismo de certificação profissional ou a criação de algum mecanismo de controle externo sobre a OAB. Contudo, parece plenamente razoável que outros setores da comunidade *jurídica* passem a ter assento nas comissões de organização e nas bancas examinadoras do Exame de Ordem, o que, aliás, tende a aperfeiçoar o certame, como antes afirmado, ao proporcionar visão mais pluralista da práxis jurídica, exigindo do bacharel uma perspectiva mais panorâmica do direito para que, assim, profissionais mais qualificados ingressem no exercício da advocacia.

Vislumbro, pois, a existência de uma situação *ainda* constitucional, mas de *constitucionalidade imperfeita*. A percepção da incidência do princípio democrático nas relações da vida adquiriu novas cores com a ascensão do direito regulatório, em que sobrelevou o viés da *participação* no procedimento e, com isso, a reprodução, na esfera da decisão regulatória, do pluralismo que marca a sociedade. É disso que ora se cuida: o Exame de Ordem exibirá tão maior substrato de legitimidade democrática quanto mais plural for a orientação de sua prática, congregando visões dos diversos setores da comunidade jurídica.

As normas que disciplinam do Exame de Ordem, portanto, encontram-se, a meu sentir, em *trânsito para a inconstitucionalidade*, mesmo porque a exegese contemporânea do princípio democrático insculpido na Constituição Federal de 1988 é um construto da experiência das últimas décadas, não se podendo exigir da OAB que já houvesse vislumbrado a situação latente de *quase inconstitucionalidade*.

Diante desse quadro, propõe-se aqui uma decisão que, mesmo sem reconhecer a invalidade da legislação, se aproxime daquilo que, na experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ficou conhecido como *apelo ao legislador* (*Apellentscheiding*), técnica bem retratada na obra acadêmica do eminente ministro *Gilmar Mendes* (*Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297 e seguintes). Cuida-se, na espécie, de uma exortação baseada não apenas na mudança das relações jurídicas – vale dizer, da ampliação

do sentido e do alcance do princípio constitucional democrático –, como também na percepção de que, sendo uma *mutação constitucional*, decorreu a mesma de processo histórico e, destarte, a ofensa constitucional não era evidente e manifesta. Por outro lado, a permanência da falha ocasionará, no futuro, a efetiva inconstitucionalidade da disciplina do Exame de Ordem tal como hoje se realiza.

Sabe-se que não é novidade na jurisprudência desta Corte o reconhecimento da existência de *normas a caminho da inconstitucionalidade*. Por exemplo, no julgamento do RE 135.328 (rel. min. *Marco Aurélio*, j. 29-6-1994) e do RE 147.776 (rel. min. *Sepúlveda Pertence*, j. 19-5-1998), o STF concluiu pela permanência da vigência do art. 68 do Código de Processo Penal, que conferia ao Ministério Público a atribuição para o ajuizamento da ação civil *ex delicto*, até que criada por lei e organizada a Defensoria Pública no âmbito dos Estados.

No caso em apreço, é de se identificar o progresso do *estado de inconstitucionalidade*, a evoluir para uma futura invalidade, do art. 3º, § 3º, do Provimento 109/2005, do Conselho Federal da OAB, naquilo que prescinde da participação de outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos concernentes ao Exame de Ordem. Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade.

Em virtude do exposto, voto no sentido do **desprovimento do recurso extraordinário**, com a registro do trânsito para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, cumprimento o substancioso voto do eminente ministro Marco Aurélio. Não tenho reparos.

Acompanho Sua Excelência.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, eu também nego provimento ao recurso. Eu gostaria de, a despeito do belíssimo voto do ministro Marco Aurélio e, agora, do voto do ministro Dias Toffoli, fazer algumas brevíssimas considerações.

Em primeiro lugar, foi alegado pelo recorrente que se trataria, além do art. 5º, XIII, também da questão do direito à educação, porque se teria a possibilidade de se vislumbrar algo que acabaria por não acontecer: a frequência de uma faculdade de direito e, depois, a impossibilidade do exercício de uma profissão, o que afrontaria, então, na sequência, também o art. 5º, XIII.

É preciso chamar atenção para a circunstância de que faculdades de direito formam bacharéis – não formam advogados – e que essa formação é extremamente positiva, leva a várias oportunidades, a muitos caminhos. A faculdade de direito é uma das que mais propicia condições para que as pessoas tenham exercício de trabalhos, ofícios ou profissões diferenciadas, haja vista as carreiras públicas e mesmo as da iniciativa privada, o que quer que seja. Portanto, tal como enfatizado pelo ministro Marco Aurélio, aqui não há nenhuma dúvida quanto à falta de fundamento nas alegações tecidas.

Como afirmou o ministro relator logo no início de seu brilhante voto, o ponto central da argumentação talvez seja o art. 5º, XIII. Aí, talvez o que a Constituição brasileira tenha formalizado, ao enfatizar a Ordem dos Advogados e a própria figura do advogado como único profissional liberal mencionado expressamente no art. 133 – ao afirmar que o advogado é imprescindível à administração da justiça –, venha bem na conta da interpretação que foi dada por Sua Excelência (e agora também enfatizada) de que, desde quando se discutiu o projeto que veio a se transformar na Lei 8.906, tinha-se em consideração exatamente fazer com que a sociedade brasileira, com que os cidadãos brasileiros tivessem a garantia de que os profissionais do direito teriam qualificação técnica bastante para o exercício dessa profissão.

Eu queria chamar atenção, senhor presidente, de que o que se afirmou na Constituição de 1988, no art. 132 e na própria Advocacia Pública – que pela primeira vez no constitucionalismo positivo brasileiro foi expressamente citado e enfatizado –, já poderia ter como fonte o que o maior advogado da história do Brasil, Rui Barbosa – patrono da advocacia –, falava na Oração aos Moços. Eu vou citar um brevíssimo trecho em que ele distingue, para os bacharéis que estavam se formando, as profissões que daí decorreriam. Dizia ele:

> Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e mal segura, aos outros elementos constitutivos da república, (...) senhores, esse poder [Judiciário] eminencialmente necessário, vital e salvador, tem os dois braços, nos quais aguenta a lei, em duas instituições: a magistratura e a advocacia, tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem-dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância, que o novo regímen veio dar à justiça.

Falava ele e remetia-se à Constituição de 1891. Dizia:

> São duas carreiras quase sagradas, inseparáveis uma da outra, e, tanto uma como a outra, imensas nas dificuldades, responsabilidades e utilidades.

Não vejo como alguém que não esteja devidamente qualificado por um atestado que possa garantir à sociedade que a atuação desse profissional será coerente com o que o direito estabelece e com o que a comunidade espera sem que alguma entidade pudesse fazer exatamente o que o exame da Ordem faz.

Eu queria apenas chamar atenção ao art. 44 da Lei 8.906. Esse art. 44 afirma que:

> Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

Portanto, não foi o Supremo Tribunal Federal que disse que a OAB é serviço público. O que o Supremo disse foi que esse serviço público foi autarquizado e que seria uma autarquia especial nos julgamentos feitos. Mas quem define a configuração da Ordem dos Advogados como serviço público é a lei e, nesse ponto, não há questionamento, nem neste julgamento, nem nos precedentes.

O art. 44 afirma que a primeira finalidade da OAB é :

> I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, [portanto, é preciso que seja um profissional que tenha sido qualificado tecnicamente para conhecer da lei e saber da sua aplicação] pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;
>
> II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados (…).

A forma de seleção está posta no art. 8º, ao fixar o exame prévio da Ordem dos Advogados; portanto, os provimentos do art. 8º para quem lê a lei – e eu me lembro bem das discussões sobre isso, pois se chegou a cogitar dessa passagem ser o início da lei, exatamente para caracterizar o que era a OAB –, firmar que é finalidade legal promover com exclusividade a seleção dos advogados, de quem entre os bacharéis poderia ser advogado, e aí, sim, esses bacharéis exerceriam a advocacia. Aí se tem, então, a sequência dos dispositivos legais.

Então, quando a Constituição afirma que a liberdade do trabalho condiciona-se ao atendimento às qualificações profissionais que a lei estabelecer, esta lei veio dar cumprimento ao que está posto no art. 5º, XIII. Não é que não seja compatível ou pudesse ser contrário; é que aqui é o contrário: é a sequência dela. Por isso é que foi substituída a Lei 4.615, para ficar coerente com o que a sociedade, agora já num Estado Democrático, exigia da Ordem dos Advogados.

Eu também chamaria atenção, já que essa lei é um sistema, para os arts. 31 e 33 da Lei 8.906, que dão bem a necessidade desse exame, a necessidade dos provimentos como normas infralegais, instituídos a partir do que a lei estabeleceu.

O art. 31 afirma que:

> O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para (...) a advocacia.

Não apenas com o cliente – como acentuou o ministro Marco Aurélio, aliás –, o advogado lida com o cidadão, com o jurisdicionado; nós diríamos, basicamente, com o cidadão de uma forma geral. Não teria como ele fazer isso prestigiando a advocacia, não só uma pessoa, sem que houvesse por parte da Ordem dos Advogados, entidade federalizada, exatamente essa possibilidade de

ter a seleção e de se saber quem é advogado e como responder, porque ele haverá de responder. É o que o art. 32 expressamente afirma:

> Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

E, principalmente, o art. 33 dessa lei afirma que:

> Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.
>
> Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa (…).

Enfim, o que se tem aqui é que, enquanto o bacharel tem a ética da cidadania, o advogado tem a ética profissional estabelecida pela própria lei a partir do que está posto pela entidade e nos termos que a Constituição estabelece. Por essa razão, não é que eu não veja contrariedade, mas não vejo qualquer sustentação para afirmar que esta lei, sistemicamente posta, não seja, senão, a regulamentação daquilo que estabeleceu a Lei 8.906/1994.

Eu queria ainda chamar atenção quanto ao provimento – aliás, rigorosamente, sem acrescentar muito ao que já foi dito nos brilhantes votos que me antecederam –, que foi a fórmula encontrada, quando se discutiu o projeto dessa lei, para que a Ordem dos Advogados pudesse o tempo todo garantir a atualidade da forma de qualificação a ser exigida. O mundo muda, a vida muda, os profissionais mudam, o jurisdicionado muda e, portanto, o direito muda. Não seria possível que viesse uma lei petrificando alguma coisa que a cada momento se tem.

Eu me lembro que, no meu concurso de Procuradoria, em 1982, falava-se em direito premial, não se falava em direito ambiental. Os concursos hoje falam isso, e a Ordem dos Advogados precisa de exigir. Imagine se, para cada mudança, para a introdução dessas novas demandas, se tivesse que mudar uma legislação. O que se tentou foi exatamente fazer com que o advogado viva o seu tempo, para que o tempo não viva sem o advogado, o que desde sempre tem acontecido – já que dizem que uma das primeiras profissões na humanidade foi exatamente a de advogado.

Eu vou fazer juntar, senhor presidente, as razões de voto devidamente assentadas, mas eu queria dizer e chamar atenção para esses pontos, porque a leitura isolada poderia levar o leigo, até com boa vontade, ao questionamento. Não! A leitura da lei demonstra que, quando essa lei foi discutida e pensada – o que dizia o meu guru, Seabra Fagundes –, era imprescindível que a nova lei da Ordem dos Advogados tivesse exatamente a dimensão desta Constituição, porque o advogado foi pensado nessa Constituição, posto e enfatizado como profissional que garantiria o Estado Democrático de Direito, porque o direito é técnico e seria necessária uma comunidade de técnicos com ética e conhecimento jurídico bastante para fazer valer.

Por isso, eu termino, senhor presidente, como eu disse, negando provimento ao recurso e afirmando que o advogado tem não apenas uma imprescindibilidade para a Ordem dos Advogados, mas quem é advogado, ou quem foi, ou quem vai ser, haverá de ter como exemplo, necessariamente, que o núcleo de sua atividade é exatamente o núcleo da própria Constituição. Dizia o grande Evandro Lins e Silva:

> Eu tenho o vício da defesa da liberdade. Não escolho causas para defender alguém.

E ele dizia que a maior glória dele seria se ele morresse num Tribunal de Júri. Eu digo: o advogado tem a ética diferenciada exatamente porque tem esse vício da defesa da liberdade, que é o núcleo da própria Constituição. E foi para que essa liberdade não ficasse sujeita a atuações que poderiam, ao invés de preservá-la, destruí-la que se infirmou este modelo que é o do exame da Ordem dos Advogados, que, a meu ver, não apenas não contraria, bem ao contrário, garante que a qualificação profissional faça com que o advogado continue a ser essencial à administração da Justiça, como posto no art. 132.

Por essa razão, senhor presidente, acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, principio por cumprimentar o ministro Marco Aurélio pelo brilhante voto que trouxe e que esgotou o assunto, a meu ver, sem prejuízo, evidentemente, dos excelentes votos que foram proferidos antes de mim.

Eu queria rememorar uma teoria bastante interessante e já clássica, a Teoria dos Poderes Implícitos. Essa teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos longínquos idos de 1819. O ministro Celso de Mello, certamente, lembra-se bem do caso McCulloch x Maryland. Tratava-se de uma discussão dos poderes dos Estados que não estavam explicitados na Constituição. Então, desenvolveu-se essa teoria, segundo a qual, quando se confere a um determinado órgão estatal certas competências, implicitamente se delega a esses mesmos órgãos os meios para executá-las.

O que acontece, no caso, em brevíssimo resumo – os colegas já levantaram os pontos principais, e a ministra Cármen Lúcia acabou de tocar num ponto que me parece fulcral: a União, com base na competência que lhe outorga a Constituição, no art. 22, XVI, ao regular o exercício da profissão de advogados, permitiu que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados o fizesse mediante provimento, exatamente para atender às situações cambiantes de cada momento histórico que essa Corporação enfrenta. Por que isso? Exatamente porque no art. 44 – que a ministra Cármen Lúcia trouxe à colação –, no inciso I, assinala-se que compete à OAB promover com exclusividade, dentre outros fins, a seleção e a disciplina dos advogados na República Federativa do Brasil. Ou seja, atribuiu-se

à Corporação dos Advogados determinadas obrigações, determinadas atribuições e certas competências. Evidentemente, quando o legislador atribui a esse órgão, que é um órgão estatal ou de colaboração com o Estado, determinadas atribuições, é preciso compreender que implicitamente também lhe outorgou os meios. E os meios são exatamente estes: são as provas que se fazem periodicamente, provas essas – diga-se – absolutamente objetivas e impessoais, elaboradas por profissionais isentos e especializados nos respectivos ramos do direito.

Então, a mim me parece que essa é uma teoria que saiu do âmbito do direito constitucional e já constitui um princípio geral de direito.

Um outro dado que me parece extremamente importante é o seguinte – e é por isso que eu atesto a higidez e a transparência do exame da Ordem, não apenas porque é um exame elaborado segundo critérios impessoais e objetivos – o exame é público e garante-se aos candidatos, no caso de eventual inconformismo, o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios a ela inerentes, conforme assegura o art. 5º, XV, da Constituição. Portanto, o candidato tem toda a garantia, inclusive no que tange à defesa na hipótese de não concordar com os resultados.

Por essas e outras razões, senhor presidente, e, acompanhando os argumentos dos ministros que me precederam, eu nego provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, doravante é impossível falar do tema "Exame de Ordem" sem a mais elogiosa referência ao voto ontológico do ministro Marco Aurélio, um voto mais do que magnífico, do ponto de vista da beleza da arquitetura do raciocínio, um voto magistral, ou seja, próprio de um verdadeiro mestre, com total domínio sobre a matéria versada no seu voto.

Eu também chego às mesmas conclusões de Sua Excelência o ministro Marco Aurélio, e praticamente com os mesmos fundamentos.

Apenas eu lembraria o seguinte: na Constituição há quarenta e duas referências a advogado, advocacia, OAB e Conselho Federal da OAB; quarenta e duas referências expressas à realidade do advogado, da advocacia, da OAB e do Conselho Federal da OAB, entre a parte permanente e a parte transitória. Eu li cada uma dessas quarenta e duas passagens da Constituição e é evidente que não vou reproduzir aqui o resultado da minha interpretação, mas me permito citar algumas poucas passagens a partir mesmo do art. 5º, XIII:

> Art. 5º (...)
> XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Aqui é interessante. É uma mescla de liberdade de direito rigorosamente individual e de preocupação social. Aliás, eu vi isso num voto de Vossa

Excelência, ministro Cezar Peluso, quando discutimos aqui a questão da obrigatoriedade ou não do diploma de jornalista para o exercício da respectiva profissão.

A Constituição mescla mesmo direitos individuais e preocupação social, como fez, por exemplo, a propósito da Defensoria Pública: a assistência jurídica integral e gratuita é direito individual, mas pressupõe estado de pobreza do assistido, o que já introduz no rol dos direitos individuais uma preocupação eminentemente social, como que fundindo o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social.

E aqui o ministro Marco Aurélio deixou também magnificamente claro, magistralmente claro, que o livre exercício de qualquer trabalho – também disse, com todas as letras, o constitucionalista admirável Luis Roberto Barroso – diz respeito a uma escolha, a uma preferência, a uma opção por qualquer ofício, profissão ou trabalho.

Agora, vem a segunda parte, que funciona como anteparo social, como salvaguarda social, como um antídoto social, digamos, um antídoto até mesmo contra o mercantilismo reconhecido de muitas escolas de formação de bacharéis e, até mesmo, de universidades. Para se fazer jus ao título, ao diploma, ao grau de bacharel faz-se um vestibular e faz-se também um curso visando ao bacharelado. Agora, para obter esse *plus*, disse bem o presidente da OAB, Ophir Cavalcante, do exercício profissional é preciso fazer o Exame de Ordem. E a lei habilita a Ordem dos Advogados a promover esse concurso, estabelecendo alguns marcos regulatórios que são próprios, disse o ministro Marco Aurélio, do poder de polícia das profissões – no caso, exercido pela OAB. Aliás, nenhum Conselho Federal no Brasil mereceu da Constituição uma referência sequer, enquanto a realidade advocatícia dos advogados, da OAB, do próprio Conselho, já disse isso, mereceu quarenta e duas referências explícitas da Constituição.

Mas, quando se vai para o art. 133 da Constituição, ainda uma vez sobejam razões, fundamentos, no raciocínio do ministro relator, Sua Excelência o ministro Marco Aurélio.

Aqui no art. 133, a Constituição faz um vínculo operacional, um *link* – numa linguagem mais moderna – entre o advogado e o exercício da profissão de advogado.

A Constituição diz:

> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Então, a profissão de advogado não é um apanágio, um atributo, uma faculdade do diplomado, do bacharel em direito, e, sim, sequenciadamente, mediante um exame; não é uma consequência automática.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sim, não é uma consequência.

O sr. ministro Ayres Britto: É preciso obter aprovação no Exame de Ordem – que Vossa Excelência bem chamou de exame "de suficiência" – para, então, entrar no exercício da profissão. E quem é inviolável não é o bacharel, não é o diplomado, não é o graduado, é o exercente da profissão. A inviolabilidade, aqui, eminentemente material, é própria do advogado que exerce a respectiva profissão nos limites da lei.

Demais disso, a Constituição fala da advocacia, no art. 133, em um contexto capitular, que tem um título também autoexplicativo: "Das Funções Essenciais à Justiça". E justiça, aí, não é Poder Judiciário; justiça, aí, não é valor, a justiça como bem coletivo – como bem coletivo, "valor" está no preâmbulo da Constituição –, substantivo justiça. Aqui, justiça significa função jurisdicional, significa jurisdição. E todos nós sabemos que jurisdição é exercida para interpretar e aplicar a ordem jurídica a partir da Constituição. Daí por que a Constituição também exige concursos para membros do Ministério Público, para advogados públicos, para defensores públicos e para magistrados, no pressuposto de que quem tem por profissão interpretar e aplicar a ordem jurídica deve estar preparado tecnicamente para isso.

O Exame de Ordem, exigido dos advogados, segue na mesma linha. O advogado é um intérprete e aplicador – claro, em termos de postulação, não em termos decisórios – da ordem jurídica. Em última análise, a exigência do concurso, significando uma exigência de qualificação técnica, é em prol, em favor da ordem jurídica. É preciso que a ordem jurídica seja tecnicamente, eficazmente, eficientemente interpretada e aplicada. Por extensão, podemos até dizer que a exigência de Exame de Ordem, qualificadora da mão de obra do advogado, corresponde até a um conceito substantivo de devido processo legal ou de acesso à jurisdição, se entendermos que o acesso à jurisdição pressupõe um eficaz acesso à jurisdição. Ou seja, é um acesso à jurisdição promovido por detentores, que são os advogados, num primeiro plano, de qualificação técnica. Então, numa substantivação do acesso à justiça ou do devido processo legal, a exigência do Exame de Ordem transparece como defluente da própria Constituição Federal.

É a Constituição Federal que legitima a Ordem dos Advogados do Brasil, seus advogados, nesses quarenta e dois dispositivos, alguns deles tornando obrigatória a participação da Ordem em concursos públicos, por exemplo, para membros do Ministério Público e membros do Poder Judiciário. Isso faz da Ordem dos Advogados do Brasil, por desígnio constitucional, a mais especializada das instituições em processo seletivo meritório, porque a Ordem dos Advogados do Brasil é requestada pela Constituição para atuar na elaboração de provas de concurso da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Pública. Então, essa legitimidade decola, arranca da própria Constituição, que faz dos advogados e da OAB instâncias de interpretação e aplicação daquilo que temos de mais caro, que é a ordem jurídica, porque nós sabemos que só é possível a vida em sociedade (*ubi societas*, *ibi jus*; *ibi jus*, *ubi societas*) em função do direito. Por isso mesmo que Von Ihering chegou a dizer: O direito é o complexo das próprias condições existenciais da sociedade. E direito aqui é ordem jurídica, é direito positivo. Aliás,

a Constituição chama o direito positivo de ordem jurídica, no art. 127, cabeça, a propósito do Ministério Público. E Tobias Barreto disse: O direito – vale dizer, a ordem jurídica – é o *modus vivendi* possível em sociedade.

De maneira que, preservar a integridade da ordem jurídica mediante a magistratura, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as delegacias de polícia, a Advocacia Pública – por exemplo, a AGU – e a advocacia privada, tudo isso é de exigência constitucional inafastável.

Com essas palavras, senhor presidente, eu deixo de fazer outras incursões pelos tantos dispositivos da Constituição, porque eu me tornaria até repetitivo diante da valiosíssima contribuição dos ministros que me precederam – ministro Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, ministra Cármen Lúcia – e, sobretudo, desse voto tão consistente e verdadeiramente encantador do ministro Marco Aurélio dando pela legitimidade da exigência do Exame de Ordem e, em consequência, pelo improvimento do recurso agora sob julgamento.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: O tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas.

Como tenho defendido em estudos doutrinários, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições* = *Schranke oder Eingriff*).

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (*v.g.*, reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outras palavras, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de *âmbito de proteção* estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente normativo* = *rechtsoder normgeprägter Schutzbereich*).

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e

Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação.

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido*?: *Was ist (eventuell) geschützt?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Isso significa que o *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional.

Na dimensão dos direitos de defesa, *âmbito de proteção* dos direitos individuais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e a identificação das *reservas legais de índole restritiva*.

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta está protegido ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; *pager* etc.).

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

O art. 5º, XIII, da Constituição de 1988 dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, *v.g.*, "nos termos da lei" (art. 5º, VI e XV), "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer" (art. 5º, XII), "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5º, XIII), "salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, *v.g.*, com a cláusula da "função social" (art. 5º, XXIII).

Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "*condições de capacidade*" como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a regulamentação das profissões com justificativa da proteção do bem e da segurança geral e individual, como observaram João Barbalho (cf.: BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira, 1891.* Brasília: Fac-similar. Senado Federal, 2002, p. 330) e Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891.* Brasília: Fac-similar. Senado Federal, 2005, p. 742 *et seq.*).

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e à proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III). Em outros sistemas, como no norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestatet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Na mesma linha, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1).

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios

utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência. Ainda sob o império da Constituição de 1967/69, o Tribunal resolveu interessante caso a respeito da profissão de corretor de imóveis. No RE 70.563/SP, o relator, ministro Thompson Flores, teceu considerações dignas de nota:

> A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições de capacidade que a lei estabelecer. Mas, para que a liberdade não seja ilusória, impõe-se que a limitação, as condições de capacidade, não seja de natureza a desnaturar ou suprimir a própria liberdade. A limitação da liberdade pelas condições de capacidade supõe que estas se imponham como defesa social. Observa Sampaio Dória (*Comentários à Constituição de 1946*, 4º v., p. 637):
>
> > A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.
>
> Reconhece-se que as condições restritivas da liberdade profissional não sejam apenas de natureza técnica. Superiores interesses da coletividade recomendam que aquela liberdade também tenha limitações respeitantes à capacidade moral, física e outras (cf. Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*, p. 798). Por outras palavras, as limitações podem ser de naturezas diversas, desde que solicitadas

pelo interesse público, devidamente justificado (cf. Pinto Falcão, *Constituição anotada*, 1957, 2º v., p. 133; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, 5º v., p. 507). Escreve este insigne publicista:

> O que é preciso é que toda política legislativa a respeito do trabalho se legitime com a probabilidade e a verificação do seu acerto. Toda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se, com ela, não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações do povo estão sempre prontos a explorá-lo, mercê das limitações.

Há justificação no interesse público na limitação da liberdade do exercício da profissão de corretor de imóveis? Estou convencido que não, e a tanto me convenceu a argumentação de jurídico e substancioso acórdão relatado pelo eminente desembargador Rodrigues Alckmim, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na ACi 149.473, do qual transcrevo esta passagem:

> Postos estes princípios – os de que a liberdade de exercício da profissão é constitucionalmente assegurada, no Brasil, embora limitável por lei ordinária; mas que a lei ordinária pode exigir somente as condições de capacidade reclamadas pelo "interesse superior da coletividade"; e que ao Judiciário cabe apurar se a regulamentação é, ou não, legítima – merece exame, agora, o impugnado art. 7º, da Lei n. 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma "profissão de corretor de imóveis", profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não pode ser regulamentada sob o aspecto de capacidade técnica, por dupla razão. Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente a direito de terceiro. Quem não conseguir obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém mais prejudicará, que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito de capacidade técnica algum, para exercê-la. Que diplomas, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência, não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum, pelo interesse, de *capacidade técnica*. 10. Haverá, acaso, ditado pelo bem comum, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Consequentemente, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis", como não o impõe com relação a tantas e tantas atividade profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. 11. Como justificar-se, assim, a regulamentação? Note-se que não há, na verdade, interesse coletivo algum que a imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e regime democrático vigentes repelem.

Ao enfrentar esta questão, a de que a lei reguladora do exercício da profissão de corretor de imóveis criou, disfarçadamente, uma autêntica corporação, o referido acórdão, relatado pelo douto desembargador Rodrigues Alckmim, é em verdade convincente. Sua leitura se impõe:

> De fato. Para ser corretor de imóveis, será preciso que o *candidato* apresente um atestado "de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta,

passado por órgão de representação legal da classe". Ora: desde que não há aprendizado ou escola para o exercício dessa profissão, cuja vulgaridade é patente, falar-se em atestado de "capacidade profissional" é algo inadmissível. E desde que o "ingresso" na profissão depende de um registro; e que esse registro depende de tal atestação de "órgão de representação legal da classe" (não da exibição de diploma acaso obtido em cursos oficiais ou oficialmente reconhecidos), é claro que o que se tem, nitidamente, é uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza. Essa regulamentação, portanto, não atende a interesse público, nem é exigida por tal interesse. Na verdade, atende ao interesse dos exercentes dessa atividade vulgar, que não exige conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade, e que, com a regulamentação dela, poderão limitar ou agastar a concorrência na atividade. Nem se diga que, o que se quer, é zelar pelas condições de idoneidade moral dos exercentes dessa profissão. Note-se, no caso, que nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros,se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de "Conselhos", e aos que, através das "atestações", os exercentes das profissões quiserem.

E conclui o acórdão a que me refiro (fl. 213):

Ilegítima a regulamentação profissional, o art. 7º da lei, que encerra a proibição de receber remuneração por uma atividade vulgar e lícita, como a mediação na venda de bem imóvel, é inconstitucional. Essa proibição, aliás, vem demonstrar o intuito de instituir um privilégio a benefício dos partícipes da corporação, reservando-se a esses partícipes o poder em cobrar serviços que acaso prestem, serviços que não exigem conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade não se justifica assim que, com fundamento em que a atividade se acha regulamentada em lei (quando a lei ordinária não podia pretender regulamentar atividade que não exige, por imposição do interesse público, condições de capacidade para o seu exercício), possa o art. 7º referido permitir que, realizado um serviço lícito, comum, o beneficiário desse serviço esteja livre de pagar remuneração, porque esta se reserva aos membros de um determinado grupo de pessoas. Admitir a legitimidade dessa regulamentação seria destruir a liberdade profissional no Brasil. Toda e qualquer profissão, a admiti-lo, por vulgar e simples que fosse, poderia ser regulamentada, para que a exercessem somente os que obtivessem atestação de órgãos da mesma classe. E ressuscitadas, à sombra dessas regulamentações, estariam as corporações de ofício, nulificando inteiramente o princípio da liberdade profissional, princípio que não está na Constituição para ficar vazio de aplicação e de conteúdo. Por esses motivos, e art. 7º, da Lei n. 4.116, que interessa à solução da presente demanda, é reconhecido inconstitucional.

5. Não precisaria ir além para ter como manifestamente inconstitucional o citado artigo, razão pela qual mantenho o acórdão recorrido.

É o meu voto. [RE 70.563, rel. min. Carlos Thompson Flores, *DJ* de 22-4-1971 – fls. 361-368.]

No conhecido julgamento da Rp 930, rel. min. Rodrigues Alckmin (*DJ* de 2-9-1977), a Corte discutiu a respeito da extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão "condições de capacidade", tal como disposto no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/1969. O voto então proferido pelo eminente ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de se preservar o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de "*atender ao critério da razoabilidade*".

Valeu-se, inicialmente, o eminente relator das lições de Fiorini transcritas por Alcino Pinto Falcão:

> *No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aqui se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la lógica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitación debe ser* **justificada***; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser* **adecuado** *al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse* **proporcionalmente***; 4º) todas las medidas deben ser* **limitadas**. *La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen (...).* [Rp 930, rel. min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977.]

Louvando-se nesses subsídios do direito constitucional comparado, concluiu o eminente relator:

> A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, p. 209, "(...) *Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power*". Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não. [Cf. transcrição na Rp 1.054, rel. min. Moreira Alves, *RTJ* 110, p. 937-967.]

Embora o acórdão invoque o fundamento da razoabilidade para reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva, é fácil ver que, nesse caso, a ilegitimidade da intervenção assentava-se na própria disciplina legislativa, que extravasara notoriamente o mandato constitucional (atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Portanto, desde o importante julgamento da Rp 930 (rel. p/ o ac. min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. A restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.

Essas ponderações oferecem subsídios suficientes para analisar o art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994 e os Provimentos 81/1996 e 109/2005, que dispõem sobre a exigência de prévia aprovação no exame da ordem como requisito para inscrição do bacharel em direito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, entre outras várias.

Nos termos da Constituição, exigência de qualificações para que determinada profissão seja exercida obriga o legislador a levar em consideração todos os elementos relacionados à natureza da profissão, à sua repercussão sobre terceiros, à lesividade dessa repercussão, à possibilidade ou não de reparação etc.

Nesse contexto, relembro que, no julgamento do RE 511.961, de minha relatoria, Tribunal Pleno, *DJE* de 17-6-2009, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Naquela oportunidade, entendeu-se que o jornalismo, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.

A situação da advocacia, como função essencial à justiça, é diversa. A atuação do advogado é decisiva em muitas questões importantes, que envolvem a proteção do direito à liberdade, à vida e à propriedade, à prestação de alimentos, à guarda e à tutela de incapazes etc. Enfim, o advogado é, em regra, meio de acesso à própria prestação jurisdicional, independentemente do direito material em discussão. A propósito, o art. 133 da Constituição trata o advogado como indispensável à administração da justiça.

Assim, a advocacia deve ser exercida por profissionais que detêm uma qualificação adequada, pois a imperícia de determinado advogado pode gerar efeitos desastrosos para terceiros e para a sociedade como um todo, sobretudo porque as decisões judiciais revestem-se com o manto da coisa julgada, tornando-se imutáveis.

O argumento segundo o qual o Exame da Ordem propiciaria reserva de mercado não se sustenta, pois a Ordem dos Advogados do Brasil não seleciona os melhores advogados nem limita o acesso à profissão, mas apenas avalia os bacharéis para saber se têm as qualificações mínimas necessárias para serem advogados.

A princípio, a exigência de apenas 50% de acerto na prova objetiva, primeira fase, e de 60% na prova discursiva, a qual diz respeito a uma única área do direito escolhida pelo próprio examinado, evidencia a racionalidade do modelo. Associe-se isso à inexistência de um número predefinido de vagas e à possibilidade de repetição do exame tantas vezes quanto forem necessárias à aprovação, para constatar que não se trata de uma reserva de mercado.

É claro que abusos podem eventualmente surgir, de modo a desviar a finalidade deste instrumento de proteção da sociedade para transformá-lo em mecanismo de reserva de mercado, mas essa é outra questão – que o Judiciário certamente não se furtaria de analisar –, e não a que nos foi posta.

A prova genérica, impessoal, isonômica, com nível técnico compatível com a qualificação exigível de um graduado, nacionalmente unificada e aplicada a todos os interessados em exercer a advocacia, indistintamente, não conduz à aprovação de determinados indivíduos pré-selecionados por uma corporação nem representa reserva de mercado aos já advogados.

Assim, verifico a adequação da exigência do Exame da Ordem como requisito para o exercício da advocacia, por entender que a medida atesta a qualificação mínima necessária para o exercício profissional.

No que diz respeito à necessidade, constato que a existência de controle repressivo por parte dos órgãos de fiscalização não elide a existência de um controle preventivo, a ser exercido paralelamente. Ademais, a advocacia é apenas uma das profissões que podem ser seguidas pelo bacharel em direito, de modo que o exame da ordem não se destina a resolver problemas da qualidade do ensino jurídico no Brasil, mas apenas impedir que bacharéis sem o nível de qualificação mínimo exigido exerçam a advocacia.

Por fim, os benefícios decorrentes da prova justificam a sua exigência, pois a falta de conhecimentos técnicos adequados coloca em risco a própria efetividade do acesso à justiça, o que justifica a restrição ao exercício da profissão como meio de proteção do direito de terceiros e da coletividade de um modo geral.

Apenas em reforço argumentativo, registro que o Exame da Ordem tal como exigido no Brasil é muito menos restritivo do que modelos análogos existentes no direito comparado.

Na Alemanha, após a conclusão da graduação e a aprovação em um primeiro exame estatal, o interessado no exercício da advocacia deverá se submeter a um estágio supervisionado pelo período de dois anos. Depois, deverá realizar um segundo exame estatal (*zweites Staatsexam*) para, somente então, estar apto a se inscrever em algum dos conselhos profissionais organizados em cada Estado-membro e, finalmente, exercer a profissão.

Na França, os interessados em exercer a advocacia submetem-se a um exame de admissão para ingressar em alguma das escolas mantidas pelos conselhos de advogados, as quais fornecem formação teórica e prática adicional pelo período de dezoito meses. A conclusão do curso confere ao graduado um

certificado de aptidão para o exercício da advocacia (*Certificat d'aptitude à la profession d'avocat* (CAPA)).

Na Itália, após a realização de um estágio de, no mínimo, dois anos, com exigência de participação em mais de vinte audiências, há uma avaliação, similar ao Exame de Ordem, que deve ser feita pelos bacharéis em direito.

Nos Estados Unidos, todos os Estados-membros condicionam o exercício da advocacia à aprovação em uma prova de conhecimentos, denominada *Bar Exam*. O exame não é nacionalmente unificado, mas existe uma instituição responsável pela coordenação nacional – *National Conference of Bar Examiners* –, cuja finalidade é manter padrões uniformes e razoáveis no país.

Todos esses países protegem a liberdade profissional, mas não por isso invalidam a exigência de condições para o exercício advocacia. No Brasil, não é diferente.

Assim, a restrição ao exercício da advocacia promovida pelo art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994 e regulamentada pelos Provimentos 81/1996 e 109/2005 é compatível com a Constituição Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, também vou subscrever as razões expendidas a partir do voto do relator. Tenho voto escrito – mas vou me abster de lê-lo – na linha do que já pronunciei no citado caso do RE 511.961, quando discutíamos a questão do exercício de profissão dos jornalistas.

Também me parece, como já foi repetido, que estamos diante de uma situação de reserva legal qualificada, e há justificativas plenas para que, nesses casos, pelas razões todas que já foram adiantadas, haja esse tipo de controle.

Por outro lado, tal como já foi amplamente demonstrado no voto do ministro Fux, não há lesão ao princípio da proporcionalidade. Pelo contrário, em relação a outros sistemas, o sistema brasileiro é bastante plástico, bastante flexível, e é bom que seja assim, tendo em vista a abertura. Se lembrarmos, por exemplo, que, no modelo alemão, no chamado "Exame de Estado", há apenas duas oportunidades de se fazer o exame, vamos observar que o modelo não é radicalmente pensado para restringir o exercício profissional.

É claro que esses temas sempre dão ensejo a debates os mais acesos. Eu lembrava aqui, conversando com o ministro Celso, algumas atividades profissionais. Foi mencionado, por exemplo, o curso de Medicina, o caso histórico da Corte Constitucional alemã chamado "caso do *numerus clausus*", em que se discutiu exatamente a possibilidade de liberdade de escolha de uma profissão. E o que dizia o impetrante naquele caso específico? Dizia que faltava ao modelo uma alternativa, porque a forma de seleção para os cursos de Medicina acabava

por impedi-lo de, vocacionadamente, exercer aquela profissão para a qual ele gostaria de se ver habilitado. Então, a Corte faz uma série de considerações, demonstrando que, tendo em vista a relevância social dessa profissão e os cuidados que marcam o seu exercício, tinha de haver um tipo de seleção adequado, fazendo também a construção – hoje muito citada – sobre a chamada "reserva do financeiramente possível", a partir, portanto, desse chamado "caso do *numerus clausus*".

Então, as questões já foram citadas (o modelo alemão, o modelo francês, o modelo italiano) e também já se colocou um reparo, que é muito comum em relação ao Exame da Ordem, não quanto à sua constitucionalidade, mas quanto à sua prática: a possibilidade de haver uma disfunção entre o aprendizado que se tem nas universidades, nas faculdades de direito, e aquilo que eventualmente passa a ser exigido no próprio Exame da Ordem; quer dizer, a falta de eventual compatibilidade entre as chamadas diretrizes curriculares e o que se examina e se pede no exame.

Acredito também que, se houver descompasso, essa questão pode ser devidamente ajustada pela própria Ordem dos Advogados, em articulação com as autoridades de educação, com o Ministério da Educação, de modo que isso não é um argumento que devesse levar eventualmente à inconstitucionalidade.

É claro que, como disse aqui o ministro Luiz Fux, é preciso haver uma abertura para um certo controle social desse exame, a fim de que, efetivamente, ele cumpra a sua função, a sua missão institucional. Mas o fato – também amplamente ressaltado a partir do voto do relator – é que ser um bacharel em direito não significa ter, desde logo, o exercício dessa profissão. Pelo contrário, como nós sabemos – e é da tradição brasileira, como praticamente da tradição mundial –, a formação, a conclusão em um curso de direito habilita o sujeito a exercer múltiplas atividades. É da nossa tradição.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite, para não perder a oportunidade?

A propósito do Ministério Público e da Magistratura, a Constituição Federal faz uma diferença nítida entre bacharel em direito e advogado; quer dizer, ela própria, Constituição Federal, distingue as duas situações, tanto no recrutamento de membros do Ministério Público quanto no da Magistratura – essa separação nominal entre o bacharel em direito e o advogado propriamente dito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Como eu estava a dizer: Quantos ministros da Fazenda não eram originariamente economistas, mas, sim, bacharéis ou advogados? Em suma, grande parte dos nossos administradores públicos vieram também desse âmbito de atividade.

Com essas considerações, presidente, fazendo os devidos elogios ao voto proferido pelo eminente relator, eu também me manifesto no sentido do não provimento do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 603.583/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: João Antônio Volante (Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila). Recorridos: União (Advogado: Advogado-geral da União) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogada: Miriam Cristina Kraiczk). Interessada: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP (Advogado: Alberto Gosson Jorge Júnior).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o dr. Ulysses Vicente Tomasini; pela Advocacia-Geral da União, a dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, secretária-geral de contencioso; pelo recorrido, o dr. Ophir Cavalcanti Júnior, presidente do Conselho Federal da OAB; pela interessada, o dr. Alberto Gosson Jorge Júnior; e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República.

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, 26 de outubro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 712.435 — SP

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Agravante: Gladston Tedesco — Agravado: Estado de São Paulo — Interessados: Jeandernei Luiz Ribeiro, Transbraçal – Prestação de Serviços, Indústria e Comércio Ltda., Ministério Público do Estado de São Paulo e Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A.

Constitucional. Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação civil pública. Concessionária de serviço público. Contrato. Serviços de mão de obra sem licitação. Ressarcimento de danos ao erário. Art. 37, § 5º, da CF. Prescrição. Inocorrência.

1. As ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis (art. 37, § 5º, *in fine*, da CF). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 13 de março de 2012 — Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de agravo regimental contra decisão proferida por minha antecessora, ministra Ellen Gracie, que deu provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo e determinou "o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que este prossiga no julgamento da apelação, afastada a prescrição nos termos do art. 37, § 5º, da CF, no que tange ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário" (fl. 504).

2. O ora agravante, Gladston Tedesco (fls. 507-523), diz que a decisão merece ser reformada, sustentando, em síntese, o seguinte:

> Em síntese, alegou o agravado que o art. 37, § 5º, da Constituição Federal contempla a imprescritibilidade do direito da Administração de pleitear o ressarcimento de danos causados ao erário, razão pela qual pretende a reforma do v. acórdão recorrido.
>
> Esse entendimento foi acolhido pela r. Decisão monocrática ora agravada, que entendeu que o referido artigo trata justamente da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

> Todavia, esse entendimento não merece prosperar, pois conforme brilhantemente fundamentado no v. Acórdão de apelação, operou-se o instituto da prescrição. [Fl. 511.]
>
> (…)
>
> Como se sabe, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, consiste em norma constitucional de eficácia contida, não possuindo, assim, aplicabilidade imediata. Isso significa dizer que tal norma está sujeita a regulamentação de lei, como bem expõe seu próprio texto. Ou seja, a fixação do prazo prescricional para exercício da pretensão condenatória de ressarcimento ao erário submete-se à regulamentação legal (art. 23, da Lei 8.429/1992), regulamentação esta necessária em atenção aos princípios da segurança jurídica e da proibição de excesso. [Fl. 512.]

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): 1. O recurso não merece prosperar. Nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição (parte final), devidamente prequestionado (fls. 557-362) – conforme precedente do Plenário desta Corte (MS 26.210/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 10-10-2008), e demais julgados que compartilham de tal entendimento –, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, hipótese ressalvada pelo próprio dispositivo constitucional:

> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Dessa forma, o que está sujeita à prescrição é a apuração das punições do agente público por cometimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, citada pelo agravante), não a ação de ressarcimento do dano causado ao erário. Destaco, novamente, da decisão proferida no AI 631.144/SP, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 11-4-2011, citado na decisão agravada:

> No que tange à questão acerca da prescrição, o acórdão recorrido decidiu em consonância com a orientação fixada pela Corte no sentido de que a ressalva da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal foi a de assegurar a restauração integral, e a qualquer tempo, do patrimônio público dilapidado, o que representa fielmente o interesse social, conforme o entendimento perfilado no julgamento, pelo Plenário desta Corte, do MS 26.210/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski (*DJ* de 10-10-2008), no qual se citou lição do eminente professor José Afonso da Silva, que ora transcrevo:
>
> > A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, que quanto às pretensões de interessados em face da Administração, que quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius*

> *persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Vê-se, porém, que já uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável e, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non sucurrit ius*).

Por oportuno, aponto o RE 474.750/AM, rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 1º-2-2011, no qual enfatizou a relatora:

> Ressalte-se, por oportuno, que a norma constitucional do § 5º, ao remeter à lei o estabelecimento dos prazos prescricionais para os ilícitos que importem em prejuízos ao erário, ressalvou as respectivas ações de ressarcimento. Assim, mesmo que não seja mais possível punir administrativa ou penalmente os causadores do dano, a ação de improbidade constitui-se em instrumento hábil a tutelar o patrimônio público.

2. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Consta como agravante o Estado de São Paulo. O ressarcimento seria a ele próprio? De qualquer forma, essa matéria, alusiva ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ainda está em aberto. O preceito não encerra, no tocante a ação por danos, a imprescritibilidade, já que nem mesmo o homicídio é imprescritível. A ação, no caso, é patrimonial. A doutrina diverge quanto ao alcance do preceito. Por isso é que em uma das sessões...

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Eu era o relator, até retirei de pauta. Mas depois, conferindo no meu despacho atacado, verifiquei que estavam citados lá dois precedentes: um é da ministra Cármen, o outro é do ministro Lewandowski.

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Se me permite, senhor presidente...

O sr. ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, presidente, há alguma coisa que não fecha. É que consta, como agravante, o próprio Estado de São Paulo.

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): No agravo de instrumento, se me permite, ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: E estaremos anunciando que a ação de ressarcimento ao erário é imprescritível. Obrigado a indenizar seria o Estado de São Paulo?

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): É o que eu estou tentando esclarecer, ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: E alguém está resistindo? Longe de mim resistir ao seu esclarecimento!

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): O agravante, no agravo de instrumento, é o Estado de São Paulo. Mas aqui estou propondo no agravo regimental. O agravado, pessoa física no agravo de instrumento, é que interpôs o agravo regimental. Então essa perplexidade de Vossa Excelência foi a mesma minha, por isso é que me antecipei em esclarecê-lo.

O sr. ministro Marco Aurélio: No cabeçalho, presidente, então, há a troca das qualificações, porque consta, pelo menos da lista, como agravante o Estado de São Paulo.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Dias Toffoli (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), se o agravante é pessoa natural compelida a indenizar, peço vênia para prover o agravo a fim de que se discuta melhor essa imprescritibilidade que, sob a minha óptica, não existe, considerada uma ação patrimonial.

EXTRATO DA ATA

AI 712.435-AgR/SP — Relatora: Ministra Rosa Weber. Agravante: Gladston Tedesco (Advogado: Sebastião Botto de Barros Tojal). Agravado: Estado de São Paulo (Procurador: Procurador-geral do Estado de São Paulo). Interessados: Jeandernei Luiz Ribeiro (Advogado: Rafael Munhoz Nastari), Transbraçal – Prestação de Serviços, Indústria e Comércio Ltda. (Advogado: Braz Martins Neto), Ministério Público do Estado de São Paulo e Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A. (Advogado: Paulo Rodolfo Freitas de Maria).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio. 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 AGRAVO DE INSTRUMENTO 824.949 — RJ

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravantes e agravados: Estado do Rio de Janeiro e Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro – SEPE/RJ

Agravos regimentais no agravo de intrumento. Constitucional e administrativo. Servidor público. Direito de greve. MI 708/DF. Desconto remuneratório dos dias de paralisação. Possibilidade. Precedente. Agravo regimental improvido.

I – Inexiste direito à restituição dos valores descontados decorrentes dos dias de paralisação. Precedente. MI 708/DF, rel. min. Gilmar Mendes.

II – Não merece reparos a parte dispositiva da decisão agravada a qual isentou o Estado do Rio de Janeiro de restituir os descontos relativos ao período de paralisação.

III – Agravos regimentais improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento aos recursos de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, o ministro Ayres Britto e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 23 de agosto de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravos regimentais interpostos de decisão que negou seguimento a agravo de instrumento. Eis o teor da decisão agravada:

> Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:
>
> Mandado de segurança. Direito constitucional de greve. Profissionais da área de educação. Desconto dos dias paralisados. Inexistência de declaração de abusividade ou ilegalidade da greve. Art. 7º, VII, da CF. Ausência de lei regulamentadora. Omissão do Congresso Nacional. Restituição dos valores indevidamente descontados a partir da data da impetração do *writ*. Concessão da Segurança. (Fl. 151.)
>
> No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se violação aos arts. 37, VII, e 100 da mesma Carta.

O agravo merece acolhida. Isso porque, no que se refere ao direito de greve aos servidores públicos civis, o acórdão atacado não diverge do entendimento deste Tribunal, que no julgamento do MI 708/DF, rel. min. Gilmar Mendes, assentou pela possibilidade de aplicação, aos servidores públicos civis, da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei 7.783/1989).

Por outro lado, quanto a restituição dos descontos relativos aos dias de paralisação, o Tribunal *a quo* expediu decisão conflitante com o entendimento firmado no indigitado julgado proferido por esta Corte, no qual entendeu-se que,

> nos termos do art. 7º da Lei 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei 7.783/1989, *in fine*).

Isso posto, com base no art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC, dou provimento ao agravo de instrumento e, conheço do recurso extraordinário para dar-lhe parcial provimento, tão somente a fim de isentar o Estado do Rio de Janeiro de restituir os descontos relativos ao período de paralisação. Sem honorários (Súmula 512 do STF).

O Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro (SEPE/RJ), sustentou, em suma, que

> (...) a decisão monocrática proferida pelo MM. Relator está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante desta Corte Suprema, especificamente do MI 708. [Fl. 264.]

O Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, aduziu que

> (...) a decisão ora recorrida limitou expressamente sua extensão à inviabilidade da restituição dos descontos porventura realizados relativos aos dias parados. É de se concluir, portanto, que manteve a ordem concedida pelo TJ/RJ. [Fl. 269.]

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que os recorrentes não aduzem argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Preliminarmente, cumpre destacar que é incabível a afirmação do agravante Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro (SEPE/RJ) de que

> (...) a decisão monocrática proferida pelo MM. Relator está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante desta Corte Suprema, especificamente do MI 708. [Fl. 264.]

Isso porque, o entendimento firmado por esta Corte é no sentido de que

> (...) os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei 7.783/1989, *in fine*).

Nesse contexto, por oportuno, colaciono trecho da peça inicial que bem demonstra o fundamento sob o qual se funda o movimento de greve:

> (…) há um descontentamento por parte dos profissionais da rede por não recebem um aumento do piso salarial há onze anos, sendo considerado um dos mais baixos do País, equivalente a R$ 431,00. [Fl. 14.]

Assim, resta claro que não há se falar em direito à restituição dos valores descontados referentes aos dias de paralisação, haja vista o movimento grevista não ter sido pautado no atraso de pagamento aos servidores, situação a qual prevê a restituição dos valores descontados.

No que se refere ao recurso manejado pelo *Município do Rio de Janeiro*, verifico que o mesmo da mesma forma não merece acolhida. É que, resta sem razão a afirmação de que o julgado impugnado "(...) manteve a ordem concedida pelo TJ/RJ quanto à impossibilidade de realização dos descontos" (fl. 269).

É que, embora essa Corte reconheça a legitimidade dos descontos dos dias de paralisação, da análise dos autos, verifica-se que os referidos descontos já haviam sido efetuados, como se vê do seguinte trecho do voto proferido pelo juízo *a quo*:

> (…) há que se restituir aos servidores ora apresentados os descontos indevidamente efetuados em suas folhas de pagamento, em decorrência da greve realizada no período de 14-8-2007 a 31-8-2007.

Portanto, incabível o pedido de reforma do *decisum* agravado a fim de garantir o direito ao poder público de efetuar o indigitado desconto.

Logo, não merece reparos a parte dispositiva da decisão agravada a qual isentou o Estado do Rio de Janeiro de restituir os descontos relativos ao período de paralisação.

Isso posto, nego provimento aos agravos regimentais.

EXTRATO DA ATA

AI 824.949-AgR/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravantes e agravados: Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro) e Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro – SEPE/RJ (Advogados: Elaine Aparecida Rolim de Almeida e outros).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento aos recursos de agravo, nos termos do voto do relator. Presidiu este julgamento o ministro

Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o ministro Ayres Britto e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 23 de agosto de 2011 — Karima Batista Kassab, coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 837.677 — MA

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Agravante: Banco do Brasil S.A. — Agravados: Município de Imperatriz, Banco ABN AMRO Real S.A. — Interessado: Edson Moreira Sales Júnior

Direito constitucional. Disponibilidade de caixa. Folha de pagamento de servidores públicos. Depósito em instituição financeira privada. Inocorrência de ofensa ao art. 164, § 3º, da Constituição Federal.

O depósito de salário ou de remuneração de servidor público em instituição financeira privada não afronta o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, pois não se enquadra no conceito de disponibilidade de caixa. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega seguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 3 de abril de 2012 — Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: Contra a decisão proferida pela eminente ministra Ellen Gracie, pela qual negou seguimento a agravo de instrumento, com fundamento na inviabilidade de análise de legislação infraconstitucional, na aplicação da Súmula 283/STF e na jurisprudência dominante desta Corte, a qual entende que o depósito de salários de servidores em instituições financeiras particulares não caracteriza ofensa ao art. 164, § 3º, da Constituição Federal, maneja agravo regimental o Banco do Brasil S.A.

O agravante afirma que "o TJMA decidiu a controvérsia com base nos arts. 164, § 3º, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal" (fl. 236). Alega que o art. 37, XXI, da Constituição Federal foi "devidamente debatido e rebatido no recurso extraordinário – fl. 199 e fl. 200 dos autos – sob fundamento do Princípio da Legalidade como base da licitação" (fl. 237). Aduz que o aresto colacionado "não espelha a jurisprudência da Corte, eis que se trata de acórdão isolado, que não espelha a jurisprudência dominante" (fl. 237).

Autos redistribuídos (fl. 241).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Preenchidos os pressupostos recursais, conheço do agravo regimental.

Contra a decisão proferida pela eminente ministra Ellen Gracie, pela qual negou seguimento a agravo de instrumento, com fundamento na inviabilidade de análise de legislação infraconstitucional, na aplicação da Súmula 283/STF e na jurisprudência dominante desta Corte, a qual entende que o depósito de salários de servidores em instituições financeiras particulares não caracteriza ofensa ao art. 164, § 3º, da Constituição Federal, maneja agravo regimental o Banco do Brasil S.A.

O agravante afirma que "o TJMA decidiu a controvérsia com base nos artigos 164, § 3º, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal" (fl. 236). Alega que o art. 37, XXI, da Constituição Federal foi "devidamente debatido e rebatido no recurso extraordinário – fl. 199 e fl. 200 dos autos – sob fundamento do Princípio da Legalidade como base da licitação" (fl. 237). Aduz que o aresto colacionado "não espelha a jurisprudência da Corte, eis que se trata de acórdão isolado, que não espelha a jurisprudência dominante" (fl. 237).

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo (fls. 227-8):

> 1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão no qual se discutiu a possibilidade de depósitos de salários de servidores serem realizados por bancos particulares.
>
> No recurso extraordinário, sustenta-se ofensa ao art. 164, § 3º, da Constituição Federal.
>
> 2. O recurso não merece prosperar. Preliminarmente, verifico que, para o exame da violação alegada, seria necessária a análise de legislação infraconstitucional, hipótese inviável em sede extraordinária.
>
> 3. Verifico, também, que um dos fundamentos do acórdão recorrido, referente à incidência do art. 37, XXI, da CF/1988, não foi objeto de impugnação pelo recurso extraordinário. Dessa forma, permanece inatacado fundamento autônomo suficiente para a manutenção do acordão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 283/ STF.
>
> 4. Ainda que superados esses óbices, ressalto que esta Corte tem o seguinte entendimento:
>
> > Constitucional. Estados, Distrito Federal e Municípios: disponibilidade de caixa: depósito em instituições financeiras oficiais. CF, art. 164, § 3º. Servidores públicos: crédito da folha de pagamento em conta em branco privado: inocorrência de ofensa ao art. 164, § 3º, CF. (Rcl 3.872-AgR/DF, rel. p/ o ac. min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-5-2006.)
>
> 5. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC).

Não prospera a insurgência.

O Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades, já analisou o aspecto constitucional da presente controvérsia e firmou o entendimento de que o depósito de salário ou de remuneração de servidor público em instituição financeira privada não afronta o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, porque o

referido depósito não se enquadra no conceito de disponibilidade de caixa. Nesse sentido, cito, além da Rcl 3.872-AgR/DF, Tribunal Pleno, rel. p/ o ac. min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-5-2006, mencionada na decisão agravada, o RE 469.516/RS, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 9-6-2006; e o AI 693.251/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 28-4-2008.

Ressalto que o ministro Eros Grau, em seu voto-vista, no julgamento da Rcl 3.872-AgR/DF, esclareceu que o depósito referente à folha de pagamento de servidores não pode ser considerado disponibilidade de caixa pelas seguintes razões:

> Ora, os recursos atribuídos a pagamentos a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores do Estado não constituem mais disponibilidades de caixa do Estado, vale dizer, dinheiro ainda não afetado a determinado fim. Tais recursos já estão afetados a esses pagamentos; evidentemente já não podem ser concebidos como disponibilidades de caixa.

O Tribunal *a quo* chegou a essa mesma conclusão, seguindo a orientação firmada na Rcl 3.872-AgR/DF. Destaco o seguinte trecho do voto do relator do acórdão (fl. 173):

> Dispõe o § 3º do art. 164 da CF que "as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei".
>
> Efetivamente, disponibilidade de caixa não se confunde com depósito bancário de salário, vencimento ou remuneração de servidor público. Enquanto as disponibilidades de caixa se encontram disciplinadas pelo art. 164, § 3º, da CF e se traduzem nos valores pecuniários de propriedade do ente da federação, os depósitos acima mencionados constituem pagamentos de despesas, não havendo qualquer previsão sobre a natureza jurídica (se pública ou não) da instituição financeira em que as despesas do ente público (dentre elas a de custeio com pessoal) deverão ser realizadas. Portanto, caso concreto, nada obsta que o Município desloque sua disponibilidade de caixa (depositada em instituição oficial) para instituição financeira privada, com o fim de satisfazer despesas com a folha de pagamento de seu pessoal.
>
> Nesse sentido, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF (conforme nota de rodapé 1 do original: "Rcl 3.872-AgR F, rel. originário min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-5-2006"):
>
> > *Constitucional. Estados, Distrito Federal e municípios: disponibilidade de caixa: depósito em instituições financeiras oficiais. CF, art. 164, § 3º. Servidores públicos: crédito da folha de pagamento em conta em banco privado: inocorrência de ofensa ao art. 164, § 3º, CF.*

O agravante rebateu o fundamento do acórdão recorrido referente à incidência do art. 37, XXI, da CF/1988, alegando que a decisão do Tribunal de origem teria violado o princípio da legalidade. No entanto, como já asseverado, o depósito da folha de pagamento de servidores públicos em instituição financeira privada, fundamento contra o qual se volta o agravo regimental, não ofende a Constituição Federal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Peço vênia, presidente, para divergir. Qual é a matéria versada? É a alusiva – e o recurso é do Banco do Brasil – à feitura de depósitos de movimentação, portanto, em conta mantida por pessoa jurídica de direito público. A teor do § 3º do art. 164 da Constituição Federal, tem-se que a disponibilidade de caixa há de ser depositada não em banco particular, como é o ABN, mas em banco oficial, instituição financeira oficial.

Por isso, peço vênia para prover o recurso do Banco do Brasil.

EXTRATO DA ATA

AI 837.677-AgR/MA — Relatora: Ministra Rosa Weber. Agravante: Banco do Brasil S.A. (Advogados: Gilberto Eifler Moraes e outros). Agravados: Município de Imperatriz (Procurador: Procurador-geral do Município de Imperatriz), Banco ABN AMRO Real S.A. (Advogados: Jonilson Almeida Viana e outros). Interessado: Edson Moreira Sales Júnior (Advogado: José Clébis dos Santos).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a ministra Cármen Lúcia. Presidência do ministro Dias Toffoli.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 3 de abril de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

MANDADO DE INJUNÇÃO 1.967 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Impetrante: Roberto Wanderley Nogueira — Impetrados: Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados

Mandado de injunção. Servidor público portador de deficiência. Direito público subjetivo à aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º, I). Injusta frustração desse direito em decorrência de inconstitucional, prolongada e lesiva omissão imputável a órgãos estatais da União Federal. Correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação. Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da Constituição escrita. A inércia do poder público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela Constituição. Omissões normativas inconstitucionais: uma prática governamental que só faz revelar o desprezo das instituições oficiais pela autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. A colmatação jurisdicional de omissões inconstitucionais: um gesto de fidelidade à supremacia hierárquico-normativa da Constituição da República. A vocação protetiva do mandado de injunção. Legitimidade dos processos de integração normativa (dentre eles, o recurso à analogia) como forma de suplementação da "*inertia agendi vel deliberandi*". Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção conhecido e deferido.

Decisão: **Registro**, *preliminarmente*, que o Supremo Tribunal Federal, **apreciando questão de ordem** suscitada, em sessão plenária, **no MI 795/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, **reconheceu assistir**, ao relator da causa, **competência** para julgar, *monocraticamente*, em caráter definitivo, **os mandados de injunção**

que objetivem garantir, *a quem os houver impetrado*, **o direito à aposentadoria especial** a que se refere o art. 40, **§ 4º**, da Constituição da República.

O caso em exame **ajusta-se** aos pressupostos, que, **estabelecidos** na questão de ordem ora referida, **legitimam a atuação monocrática** do relator da causa, **razão pela qual passo a analisar**, *singularmente*, **a presente** impetração injuncional.

Trata-se de mandado de injunção *que objetiva* a colmatação *de alegada* omissão estatal **no adimplemento** de prestação legislativa **determinada** no art. 40, **§ 4º**, da Constituição da República.

A parte ora impetrante *enfatiza* o caráter lesivo **da omissão imputada** ao senhor presidente da República **e** ao Congresso Nacional, *assinalando* que a lacuna normativa existente, **passível** de integração **mediante** edição **da faltante** lei complementar, *tem inviabilizado* o seu acesso **ao benefício** da aposentadoria especial.

O senhor presidente da República – autoridade impetrada – **encaminhou informações** prestadas pela douta Advocacia-Geral da União, **propugnando pela denegação** deste mandado de injunção.

Sendo esse o contexto, *cabe verificar* **se** se revela **admissível**, ou não, na espécie, **o remédio constitucional** do mandado de injunção.

Como se sabe, o "*writ*" injuncional **tem por função processual específica viabilizar** o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas *diretamente outorgados* **pela própria Constituição da República**, *em ordem a impedir que a inércia* do legislador comum **frustre** a eficácia de situações subjetivas de vantagem **reconhecidas** pelo próprio texto constitucional.

Na realidade, **o retardamento abusivo** na regulamentação legislativa do texto constitucional **qualifica-se – presente** o contexto temporal em causa – **como requisito autorizador** do ajuizamento da ação de mandado de injunção (**RTJ 158/375**, rel. p/ o ac. min. SEPÚLVEDA PERTENCE), pois, **sem que se configure** esse estado de mora legislativa – *caracterizado pela superação excessiva* de prazo razoável –, **não haverá como reconhecer-se ocorrente**, *na espécie*, **o próprio** interesse de agir em sede injuncional, *como esta Suprema Corte tem advertido* **em sucessivas decisões**:

> ***MANDADO DE INJUNÇÃO***. *(...).* ***PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS*** *DO MANDADO DE INJUNÇÃO (**RTJ** 131/963 – **RTJ** 186/20-21).* ***DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR*** *(**RTJ** 183/818-819).* ***NECESSIDADE*** *DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (**RTJ** 180/442).* ***CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO*** *DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE:* ***SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL*** *(**RTJ** 158/375). (...).* [**MI 715/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** n. 378, de 2005.]

Essa omissão inconstitucional, **derivada do inaceitável inadimplemento** do dever estatal de emanar regramentos normativos – **encargo jurídico** *que não*

foi cumprido na espécie –, **encontra**, neste "*writ*" injuncional, **um poderoso fator de neutralização** da inércia legiferante **e** da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção, *desse modo*, **deve traduzir** *significativa reação jurisdicional* **autorizada** pela Carta Política, que, **nesse** "*writ*" processual, **forjou** o instrumento destinado **a impedir o desprestígio** da própria Constituição, *consideradas as graves consequências* que decorrem **do desrespeito** ao texto da Lei Fundamental, *seja* por ação do Estado, *seja*, como no caso, **por omissão** – *e prolongada inércia* – do poder público.

Isso significa, *portanto*, **que o mandado de injunção** deve ser visto **e** qualificado **como instrumento de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas**, *em sua eficácia*, **pela inaceitável omissão** do poder público, **impedindo-se**, *desse modo*, **que se degrade**, a Constituição, **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** *à vontade ordinária* do legislador comum.

Na verdade, o mandado de injunção **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos constitucionais** revestidos de eficácia limitada, **cuja incidência – necessária** ao exercício efetivo de determinados direitos neles **diretamente** fundados – **depende**, *essencialmente*, **da intervenção concretizadora do legislador**.

É preciso ter presente, *pois*, **que o direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, **quando também existir** – *simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional* – **a previsão do dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa**, *portanto*, **que o direito individual** à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito *de exclusiva* determinação constitucional, **uma obrigação jurídica indeclinável imposta** ao poder público, *consoante adverte* o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**MI 633/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Desse modo, e para que possa atuar a norma **pertinente** ao instituto do mandado de injunção, *revela-se essencial* que se estabeleça *a necessária correlação* **entre** *a imposição constitucional de legislar*, de um lado, *e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação*, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional **de emanar** provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional (**MI 463/MG**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 542/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 642/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO).

O exame dos elementos constantes **deste** processo, *no entanto*, **evidencia que existe**, *na espécie*, o **necessário** vínculo de causalidade **entre** *o direito subjetivo à legislação*, **invocado** pela parte impetrante, **e** *o dever do poder público de editar a lei complementar* **a que alude** o art. 40, **§ 4º**, da Carta da República, **em contexto** que torna plenamente **admissível** a utilização do "*writ*" injuncional.

Passo, *desse modo*, **a analisar** a pretensão injuncional em causa.

Cumpre assinalar, *nesse contexto*, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** ação injuncional em que **também** se pretendia a concessão de aposentadoria especial, ***não só reconheceu a mora*** do presidente da República ("*mora agendi*") *na apresentação* de projeto de lei **dispondo** sobre a regulamentação do art. 40, **§ 4º**, da Constituição, **como**, *ainda*, *determinou a aplicação analógica* do art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991, *com o objetivo de colmatar* a lacuna normativa existente:

> *(...)* ***APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente*** *a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor,* ***impõe-se a adoção****, via pronunciamento judicial,* ***daquela própria*** *aos trabalhadores em geral – art. 57,* ***§ 1º****, da Lei 8.213/1991.* [**MI 721/DF**, rel. min. MARCO AURÉLIO, **Pleno – Grifei**.]

O caso ora em exame *também versa* situação **prevista no § 4º** do art. 40 da Constituição, **cujo inciso I** trata da aposentadoria especial **reconhecida** a servidores públicos **que sejam** "*portadores de deficiência*" **e que igualmente sofrem** *à semelhança* dos servidores públicos **que exercem** atividades reputadas insalubres **ou** perigosas, as **mesmas** consequências **lesivas** *decorrentes* da omissão normativa **que já se prolonga** *de maneira irrazoável*.

Tenho para mim, *presente esse contexto*, que a situação exposta **não obsta** a concessão do "*writ*" injuncional, **eis que**, *também nessa hipótese* (*vale dizer*, na hipótese de o agente estatal ser, *ele próprio*, portador de deficiência), **persiste a mora** na regulamentação legislativa da aposentadoria especial – *tal como o reconheceu*, em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral da República (fl. 70) –, **o que torna aplicáveis**, *segundo entendo*, *por identidade de razões*, **os precedentes** estabelecidos **por esta** Suprema Corte.

Esse entendimento – *segundo o qual* **é lícito** aplicar-se, *por analogia*, **o art. 57** da Lei 8.213/1991, a servidor público **portador** de deficiência – *foi inteiramente acolhido* pelo eminente ministro EROS GRAU (**MI 1. 613/DF**) **e** pela eminente ministra ELLEN GRACIE (**MI 1.737/DF**), *valendo reproduzir*, no ponto, **fragmento** da seguinte decisão:

> ***Trata-se*** *de mandado de injunção coletivo* ***no qual se pretende assegurar*** *o exercício do direito* ***de aposentadoria especial*** *ante a* ***inexistência*** *de regulamentação do art. 40,* ***§ 4º****, da Constituição Federal,* ***que autoriza*** *a fixação de um regime diferenciado de aposentação* ***em favor dos servidores públicos portadores de deficiência ou*** *que exerçam atividades arriscadas* ***ou*** *prejudiciais à saúde e à integridade física.*
>
> *2.* ***A matéria em debate*** *passou por uma recente evolução jurisprudencial* ***e está****, com base nessa nova orientação,* ***integralmente equacionada*** *pelo Plenário desta Suprema Corte.*
>
> ***Na sessão*** *de 30-8-2007,* ***o Plenário*** *desta Casa,* ***por ocasião*** *do julgamento do MI 721, rel. min. Marco Aurélio,* ***reconheceu presentes*** *no texto do art. 40,* ***§ 4º****,*

*da Carta Magna **tanto** o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos **nele referidos**, **como** o dever estatal de regulamentação desse mesmo direito.*

***Decidiu** o Supremo Tribunal Federal, **naquela assentada**, que, **diante** da incontestável mora legislativa, **a eficácia** da referida norma constitucional **e a garantia** do exercício do direito nela proclamado **deveriam ser alcançadas** por meio da aplicação integrativa, no que couber, **do art. 57** da Lei 8.213, de 24-7-1991, **que dispõe** sobre os requisitos **e** condições para a obtenção de aposentadoria especial pelos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social sujeitos a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. (...).*

(...)

***Ratificado**, nos mesmos termos, **o referido entendimento** em 1º-7-2008, **por ocasião** do julgamento plenário do MI 758, rel. min. Marco Aurélio, DJE de 26-9-2008, **sobreveio**, em 15-4-2009, **o julgamento** dos MIs 788 **e** 795, **de que foram relatores**, respectivamente, os eminentes ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.*

(...)

***3. Ante todo o exposto**, **com base** nos precedentes citados **e na autorização** especificamente conferida pelo Plenário desta Casa de apreciação monocrática dos casos idênticos aquele veiculado no MI 795 (DJE de 22-5-2009), **concedo a ordem injuncional** para, **declarando** a mora legislativa **na regulamentação** do art. 40, **§ 4º**, da Carta Magna, **assegurar** aos servidores públicos estaduais filiados ao impetrante **o direito** de ter os seus pedidos administrativos de aposentadoria especial **concretamente analisados** pela autoridade competente, **mediante a aplicação integrativa do art. 57** da Lei Federal 8.213/1991.* [**MI 1.737/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Registro, *ainda*, que o Supremo Tribunal Federal, em **sucessivas** decisões, ***vem reafirmando*** essa orientação (**MI 758/DF**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **MI 796/DF**, rel. min. AYRES BRITTO – **MI 809/SP**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 824/DF**, rel. min. EROS GRAU – **MI 834/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **MI 874/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 912/DF**, rel. min. CEZAR PELUSO – **MI 970/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **MI 1.001/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 1.059/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **garantindo**, *em consequência*, aos servidores públicos **que se enquadrem** nas hipóteses **previstas** no **§ 4º** do art. 40 da Constituição, *o direito à aposentadoria especial*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

***1. Ante a prolongada mora legislativa**, no tocante à edição da lei complementar reclamada **pela parte final do § 4º** do art. 40 da Magna Carta, **impõe-se** ao caso a aplicação das normas correlatas previstas **no art. 57** da Lei 8.213/1991, **em sede** de processo administrativo.*

***2. Precedente**: **MI 721**, da relatoria do ministro Marco Aurélio.*

***3.** Mandado de injunção **deferido** nesses termos.* [**MI 788/DF**, rel. min. AYRES BRITTO – **Grifei**.]

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ART 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA.

1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício *de atividade* ***sob condições*** *de periculosidade e insalubridade.*

2. Reconhecida a omissão legislativa *em razão da ausência de lei complementar* ***a definir*** *as condições para o implemento da aposentadoria especial.*

3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar *a mora à autoridade competente* ***e determinar*** *a aplicação,* ***no que couber****, do art. 57 da Lei 8.213/1991.* [**MI 795/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Grifei**.]

Vale referir, em face da pertinência de que se reveste, **fragmento da decisão** que o eminente ministro EROS GRAU **proferiu** no julgamento do **MI 1.034/DF**, de que foi relator:

31. O Poder Judiciário*, no mandado de injunção,* ***produz norma. Interpreta o direito****, na sua totalidade,* ***para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável****, porém, no caso,* ***seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora*** *ao ordenamento jurídico,* ***a ser interpretado/aplicado. Dá-se****, aqui,* ***algo semelhante*** *ao que se há de passar com a súmula vinculante, que,* ***editada****, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.*

(...)

34. A este Tribunal incumbirá *– permito-me repetir –* ***se concedida*** *a injunção,* ***remover o obstáculo decorrente da omissão****, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto,* ***norma enunciada*** *como texto normativo,* ***logo****,* ***sujeito à*** *interpretação pelo seu aplicador.*

35. No caso*, o impetrante* ***solicita*** *seja julgada procedente a ação* ***e****, declarada a omissão do Poder Legislativo,* ***determinada a supressão*** *da lacuna legislativa* ***mediante*** *a regulamentação do art. 40,* ***§ 4º****, da Constituição do Brasil,* ***que dispõe*** *a propósito da aposentadoria especial de servidores públicos.*

(...)

37. No mandado de injunção*, o Poder Judiciário* ***não define*** *norma de decisão,* ***mas enuncia*** *a norma regulamentadora* ***que faltava para****, no caso,* ***tornar viável*** *o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial.*

38. Na sessão *do dia 15 de abril passado,* ***seguindo a nova*** *orientação jurisprudencial,* ***o Tribunal julgou procedente*** *pedido* ***formulado no MI 795****, relatora a ministra CÁRMEN LÚCIA,* ***reconhecendo*** *a mora legislativa.* ***Decidiu-se*** *no sentido* ***de suprir a falta*** *da norma regulamentadora* ***disposta*** *no art. 40,* ***§ 4º****, da Constituição do Brasil,* ***aplicando-se à*** *hipótese,* ***no que couber****, o disposto* ***no art. 57*** *da Lei 8.213/1991,* ***atendidos*** *os requisitos legais.* ***Foram citados****, no julgamento, nesse* ***mesmo*** *sentido,* ***os seguintes precedentes: o MI 670****,* ***DJE*** *de 31-10-2008,* ***o MI 708****,* ***DJE*** *de 31-10-2008;* ***o MI 712****,* ***DJE*** *de 31-10-2008, e* ***o MI 715****,* ***DJU*** *de 4-3-2005.* **[Grifei.]**

A constatação objetiva de que se registra, *na espécie*, **hipótese** de *mora inconstitucional*, **apta a instaurar** situação *de injusta omissão* **geradora** *de manifesta lesividade* à posição jurídica **dos beneficiários** da cláusula

constitucional *inadimplida* (**CF**, art. 40, § 4º), **justifica**, *plenamente*, **a intervenção** do Poder Judiciário, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido *que a inércia* dos órgãos estatais ora impetrados, **evidenciadora** de comportamento *manifestamente* inconstitucional, **possa ser** *paradoxalmente* **invocada**, *pelo próprio* poder público, *para frustrar*, de modo injusto (**e**, *portanto*, inaceitável), **o exercício** de direito expressamente **assegurado** pela Constituição.

Admitir-se tal situação *equivaleria* **a legitimar** a fraude à Constituição, **pois**, *em última análise*, **estar-se-ia a sustentar** a impossibilidade de o Judiciário, **não obstante** agindo em sede injuncional (**CF**, art. 5º, LXXI), **proceder** à colmatação de uma omissão *flagrantemente* inconstitucional.

Isso significa *que não se pode* identificar, **na própria** inércia estatal, **a existência** de fator exculpatório (*e pretensamente* legitimador) do *inadimplemento* **de uma grave** obrigação constitucional.

Cabe rememorar, bem por isso, *neste ponto*, que o poder público *também transgride* a autoridade superior da Constituição *quando deixa de fazer* aquilo **que ela determina**.

Em contexto como o que resulta **destes** autos, **a colmatação** *de omissões inconstitucionais* **nada mais revela** *senão* um gesto de respeito **que esta** Alta Corte **manifesta** pela *autoridade suprema* da Constituição da República.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor* extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional (*como aquela* que deriva do art. 40, **§ 4º**, da Carta Política) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o poder público *também desrespeita* a Constituição, *também ofende* direitos que nela se fundam *e também impede*, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, *a própria aplicabilidade* dos postulados da Lei Fundamental, *tal como tem advertido* o Supremo Tribunal Federal:

> ***DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.***
>
> *– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do poder público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facere**" ou "**non praestare**", resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou***

***parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo poder público. (...).* [**ADI 1.458-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Vê-se, pois, que, *na tipologia* **das situações inconstitucionais**, inclui-se, *também*, aquela que deriva do descumprimento, *por inércia estatal*, de norma impositiva **de determinado** comportamento **atribuído** ao poder público **pela própria** Constituição.

As situações configuradoras **de omissão inconstitucional** – *ainda que se cuide de omissão parcial* derivada **da insuficiente concretização**, pelo poder público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem** comportamento estatal *que deve ser repelido*, **pois a inércia** do Estado qualifica-se, *perigosamente*, como um dos processos *deformadores* **da Constituição**, **expondo-se**, *por isso mesmo*, **à censura** do magistério doutrinário (Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; Jorge Miranda, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II/406 e 409, 2. ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. Gomes Canotilho **e** Vital Moreira, "**Fundamentos da Constituição**", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: *a inércia estatal em tornar efetivas* as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** *sentimento de desapreço* pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo, *perigoso e ilegítimo* do que elaborar uma Constituição, *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, *então*, **de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade **e** das consequências lesivas **derivadas** *do gesto infiel* do poder público **que transgride**, *por omissão* **ou** *por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário **por efeito** de expressa determinação constitucional **foi revelada**, entre nós, *já no período monárquico*, **em lúcido magistério**, por PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos, **em lições que acentuam** *o desvalor jurídico* **do comportamento estatal omissivo** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3. ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1**, **de 1969**", tomo I/15-16, 2. ed., 1970, RT, *v.g.*).

O desprestígio da Constituição – *por inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa** um dos mais graves aspectos da patologia constitucional,

pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, *feita* por Karl Loewenstein ("**Teoria de la Constitución**", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta** *o fenômeno da erosão da consciência constitucional*, **motivado** pela instauração, no âmbito do Estado, *de um preocupante processo de desvalorização funcional* da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos**, *como resulta* da seguinte decisão, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA).***
>
> *– **O desrespeito à Constituição tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do poder público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite**, **seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facere**" ou "**non praestare**", resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando e **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo poder público). **Entendimento** prevalecente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, rel. min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).*
>
> *– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o poder público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por **ausência (ou insuficiência)** de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*
>
> ***DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.***
>
> *– O poder público – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, **o dever de legislar**, imposto em cláusula constitucional, **de caráter mandatório** – infringe, **com esse comportamento negativo**, a própria integridade da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, o **preocupante** fenômeno da **erosão da consciência constitucional** (**ADI 1.484-DF**, rel. min. CELSO DE MELLO).*
>
> *– **A inércia estatal** em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo**, **perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, então, de **apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem ajustados*

*à conveniência e aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.*

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

*– **O direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, quando **também** existir – **simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional** – a previsão do **dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa** que o direito individual à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito de **exclusiva** determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável **imposta** ao poder público.*

***Para que possa atuar** a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se **essencial** que se estabeleça a **necessária correlação** entre a **imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação**, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional. **Precedentes**. (...).* [**RTJ 183/818-819**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, **ao colmatar** uma evidente (**e lesiva**) *omissão inconstitucional* do aparelho de Estado *estar-se-ia* transformando em *anômalo legislador.*

É que, *ao suprir* lacunas normativas **provocadas** *por injustificável inércia* do Estado, **esta Suprema Corte** *nada mais faz* **senão** desempenhar o papel **que lhe foi outorgado** *pela própria* Constituição da República, **valendo-se**, *para tanto*, de instrumento que, **concebido** pela Assembleia Nacional Constituinte, **foi por ela instituído** *com a precípua finalidade* **de impedir** *que a inércia governamental*, **como a que se registra** no caso ora em exame, *culminasse* **por degradar** a autoridade **e** a supremacia da Lei Fundamental.

Daí a jurisprudência que se formou **no âmbito** desta Corte, **a partir** do julgamento plenário **do MI** 708/DF, rel. min. GILMAR MENDES, **e do MI** 712/PA, rel. min. EROS GRAU, **no sentido de restaurar**, em sua dimensão integral, *a vocação protetiva* do remédio constitucional do mandado de injunção, cuja utilização **permite**, ao Supremo Tribunal Federal, **colmatar**, *de modo inteiramente legítimo*, mediante processos de integração normativa, **como**, *p. ex.*, **o recurso à analogia**, as omissões que venha, *eventualmente*, a constatar.

E é, *precisamente*, **o que esta Suprema Corte tem realizado** *em inúmeros* processos injuncionais, **nos quais** *vem garantindo*, **aos destinatários** da regra inscrita **no § 4º** do art. 40 da Constituição, *o acesso* **e** *a plena fruição* do benefício da aposentadoria especial.

Cumpre ressaltar, *finalmente*, **na linha** do que se vem expondo, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, *em diversos precedentes firmados* sobre essa *mesma* questão (**MI 1.115-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 1.125-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 1.189-AgR/DF**, rel. min. CÁRMEN

LÚCIA, *v.g.*), *tem salientado* – *uma vez promovida* a integração normativa *necessária* ao exercício de direito **pendente** de disciplinação normativa – **que se exaure**, *nesse ato*, a função jurídico-constitucional **para a qual** foi concebido (**e** instituído) o remédio constitucional do mandado de injunção, *como se vê* de decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **que esclarece**, em tema de aposentadoria especial (**CF**, art. 40, § 4º), **aquilo** que se inclui, *no plano administrativo*, **na esfera de atribuições** da autoridade competente:

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA***.
>
> ***1. A autoridade administrativa*** *responsável pelo exame do pedido de aposentadoria* ***é competente para aferir, no caso concreto,*** *o preenchimento* ***de todos*** *os requisitos para a aposentação* ***previstos*** *no ordenamento jurídico vigente.*
>
> ***2. Agravo regimental*** *ao qual se nega provimento.* [**MI 1.286-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, **Pleno** – **Grifei**.]
>
> **Isso significa**, *portanto*, **que não cabe indicar**, *nesta sede injuncional*, **como** reiteradamente acentuado **por esta** Suprema Corte (**MI 1.312/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 1.316/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **MI 1.451/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE, *v.g.*), "***a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos*** *que deverão ser observados* ***na análise*** *dos pedidos concretos de aposentadoria especial,* ***tarefa que caberá, exclusivamente, à autoridade administrativa competente*** *ao se valer do que previsto* ***no art. 57*** *da Lei 8.213/1991* ***e nas demais*** *normas de aposentação dos servidores públicos.* [**MI 1.277/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Sendo assim, em face das razões expostas **e tendo em vista** *o caráter alternativo* do pleito ora deduzido **nesta** causa (fl. 6), **concedo** a ordem injuncional, **para**, *reconhecido* o estado de mora legislativa, **garantir**, *ao ora impetrante*, **o direito** de ter o seu pedido administrativo de aposentadoria especial *concretamente analisado* pela autoridade administrativa competente, **observado**, *para tanto*, **além do que dispõe** o art. 57 da Lei 8.213/1991 (**aplicável**, *por analogia*, **à situação** registrada nesta causa), **também** a diretriz **que esta Corte** firmou no julgamento plenário **do MI** 1.286-ED/DF.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 24 de maio de 2011 — Celso de Mello, relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.695 — RS

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Requerente: Remi Michelon — Requerido: Omar Batista Luz

Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). Formulação, pelo Supremo Tribunal Federal, de juízo negativo de recepção desse diploma legislativo pela vigente Constituição da República (ADPF 130/DF). Autonomia constitucional do direito de resposta (CF, art. 5º, V). Consequente possibilidade de seu exercício, independentemente de regulação legislativa. Essencialidade dessa prerrogativa fundamental, especialmente se analisada na perspectiva de uma sociedade que valoriza o conceito de "livre mercado de ideias". O sentido da existência do "mercado de ideias": uma metáfora da liberdade? O debate em torno da questão do oligopólio dos meios de comunicação social e a proposta de revisão conceitual da antiga noção do "*free marketplace of ideas*": de Oliver Wendell Holmes, Jr. A Jerome A. Barron. Uma nova visão do direito de resposta (sua identificação como direito impregnado de transindividualidade): meio de realização, em casos de indeterminação subjetiva dos interessados (mesmo das pessoas não diretamente afetadas pela publicação), do direito à informação correta, precisa e exata. Prerrogativa fundamental que traduz, em contexto metaindividual, verdadeira garantia institucional do contraditório público. A questão do direito difuso à informação honesta, leal e verdadeira: a posição de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, de Gustavo Binenbojm e de Fábio Konder Comparato. "A plurifuncionalidade do direito de resposta" (Vital Moreira, "O direito de resposta na comunicação social") ou as diversas abordagens possíveis quanto à definição da natureza jurídica dessa prerrogativa fundamental: (a) garantia de defesa dos direitos de personalidade, (b) direito individual de expressão e de opinião, (c) instrumento de pluralismo informativo e de acesso de seu titular aos órgãos de comunicação social, inconfundível, no entanto, com o direito de antena, (d) garantia do "dever de verdade" e (e) forma de sanção ou de indenização em espécie. A função instrumental do direito de resposta (direito – garantia?): (1) neutralização de excessos decorrentes da prática abusiva da liberdade de comunicação jornalística, (2) proteção da autodeterminação das pessoas em geral e (3) preservação/restauração da verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. O direito de resposta/retificação como tópico sensível e delicado da agenda do sistema interamericano: a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 14) e a opinião consultiva 7/86 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A oponibilidade do direito

de resposta a particulares: a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Necessária submissão das relações privadas ao estatuto jurídico dos direitos e garantias constitucionais. Doutrina. Precedentes do STF. Liberdade de informação e direitos da personalidade: espaço de potencial conflituosidade. Tensão dialética entre polos constitucionais contrastantes. Superação desse antagonismo mediante ponderação concreta dos valores em colisão. Responsabilização (sempre) "*a posteriori*" pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de informação. Liberdade de expressão e direito à integridade moral (honra, intimidade, privacidade e imagem). Incidência do art. 220, § 1º, da Constituição da República. Cláusula que consagra hipótese de "reserva legal qualificada". O papel do direito de resposta em um contexto de liberdades em conflito. Pretendida suspensão cautelar da eficácia do acórdão que condenou o requerente a executar obrigação de fazer consistente na publicação de sentença, sob pena de multa diária ("*astreinte*"). A função da multa cominatória como instrumento de coerção processual no cumprimento de obrigação de fazer (CPC, art. 461, § 4º). Ausência de plausibilidade jurídica da postulação cautelar em exame. "Ação cautelar incidental" a que se nega seguimento.

Decisão: **Trata-se** de "*ação cautelar incidental*" **na qual se busca atribuir efeito suspensivo** ao recurso extraordinário **interposto** pela parte ora requerente, **que se insurge** contra decisão **emanada** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul **e que**, **confirmada** em sede de embargos de declaração, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INTRUMENTO. AÇÃO PENAL PRIVADA. CRIME CONTRA A HONRA. LEI N. 5.250/67. PUBLICAÇÃO DE SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM JORNAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. FIXAÇÃO DE "ASTREINTE". COMINAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE.

***O fato de ser o agravante** beneficiário da assistência judiciária gratuita não o isenta do custo do cumprimento da obrigação de fazer, consistente na publicação de sentença de improcedência proferida em ação penal privada.*

***A sentença contrária** ao pedido do querelante faz nascer para o querelado, que foi o vencedor, a faculdade de exigir do querelante que a sentença seja publicada em jornal pela parte perdedora. Assim, embora não seja um efeito imediato da sentença, sendo requerido pelo querelado, deve o autor da queixa proceder à publicação, independentemente de ser ou não beneficiário de assistência judiciária gratuita.*

***Tratando-se**, a publicação de sentença, de obrigação de fazer, é cabível a fixação de multa, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, que faculta ao juiz a imposição de multa diária quando da imposição do cumprimento da obrigação de fazer, não sendo abusivo o valor da "astreinte", de R$ 50,00 por dia de descumprimento.*

Viável também *a determinação da Magistrada de submeter o agravante às sanções pertinentes ao crime de desobediência, em caso de descumprimento.*

Precedente do E. STJ.

REVOGAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA. DIREITO DE RESPOSTA. "STATUS" CONSTITUCIONAL.

Considerando *que o direito de resposta possui status constitucional (art. 5º, V, da CRFB), eventual ausência de lei, diante da revogação da Lei de Imprensa pelo STF, não impede o exercício dessa prerrogativa.*

(...)

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO EM DECISÃO UNÂNIME. [**AGRAVO REGIMENTAL** 70032900326, rel. des. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS – **Grifei**.]

Assinalo que o recurso extraordinário em questão **sofreu** juízo **positivo** de admissibilidade na origem.

A parte ora requerente sustenta, *em síntese*, **para justificar** sua pretensão cautelar, **o que se segue**:

O provimento da medida cautelar *se justifica pelo fato de o recorrente ter ingressado com o Recurso Extraordinário* ***visando a determinação da impossibilidade jurídica*** *de aplicação de qualquer art. da chamada Lei de Imprensa, que sequer foi recepcionada pela CF/88, visto o julgamento da ADPF n. 130,* ***reconhecendo-se*** *pois, a necessária incidência dos incisos II, XXXIX, XL e §§ 2º e 3º,* ***todos*** *do art. 5º da Constituição Federal.*

(...)

Assim, estando o requerente *(cardíaco, diabético, com sérios problemas de visão)* ***na iminência de sofrer*** *graves danos nas esferas patrimonial e moral,* ***vez que o Juízo Criminal*** *da Comarca de Osório* ***onde tramita*** *o feito originário (059/2.04.0002800-9),* ***determinou*** *sua intimação urgente,* ***para que publique*** *a sentença de improcedência no prazo de 05 dias,* ***e****, em caso de desobediência,* ***pague multa diária*** *de R$ 50,00 (cinquenta reais)* ***até o limite*** *de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)* ***sujeitando-o*** *às sanções pertinentes ao crime de desobediência (mandado juntado no dia 20 do corrente), o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário está suficientemente justificado.*

Portanto, tendo o requerente *o prazo de 05 dias para providenciar na publicação da sentença de improcedência, e ainda sujeitando-se às demais implicações em caso de descumprimento, a atribuição de efeito suspensivo é medida que se impõe, até porque, em caso contrário, o Recurso Extraordinário perderia seu objeto.* **[Grifei.]**

Passo a apreciar o pedido de concessão de medida cautelar. **E**, ao fazê-lo, **assinalo**, na perspectiva **do pleito** em questão, **que a outorga de efeito suspensivo** ao recurso extraordinário **reveste-se de excepcionalidade absoluta**, **especialmente** em face do que **dispõe** o art. 542, § 2º, do CPC.

O Supremo Tribunal Federal, bem por isso, **e atento ao caráter excepcional** da medida cautelar cujo deferimento importe em concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo (**RTJ** 110/458 – **RTJ** 111/957 – **RTJ** 112/957, **v.g.**),

somente tem admitido essa possibilidade processual, **quando satisfeitas** determinadas condições.

Com efeito, **a concessão de medida cautelar**, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** requerida **na perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **quer** se busque a outorga de efeito suspensivo ao apelo extremo, **quer** se pretenda a sustação da eficácia do acórdão impugnado, **supõe**, para legitimar-se, **a conjugação necessária dos seguintes requisitos**: (**a**) **que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar** do Supremo Tribunal Federal (**existência de juízo positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário, **consubstanciado** em decisão proferida pelo presidente do Tribunal de origem **ou resultante** do provimento do recurso de agravo); (**b**) **que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual**, caracterizada, **dentre outras**, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional **e** da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (**c**) **que a postulação de direito material** deduzida pela parte recorrente **tenha** plausibilidade jurídica; **e** (**d**) **que se demonstre**, objetivamente, **a ocorrência** de situação configuradora do "*periculum in mora*" (**RTJ 174/437-438**, rel. min. CELSO DE MELLO, **v.g**.).

Observo, desde logo, **considerado** o juízo **positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário em questão, **que se acha regularmente instaurada**, na espécie, **a jurisdição cautelar** do Supremo Tribunal Federal, **circunstância que permite** o exame **dos demais** pressupostos **concernentes** ao deferimento, ou não, do provimento cautelar requerido.

Impõe-se analisar, desse modo, **se** a pretensão cautelar **deduzida** pela parte requerente – **suspensão** da obrigação de publicação da sentença **e** de pagamento da multa, **por eventual** descumprimento de referida determinação, **até** o julgamento final do recurso extraordinário em questão – **acha-se**, ou não, **impregnada** de plausibilidade jurídica.

O autor da presente "*ação cautelar incidental*", **como resulta** do acórdão local impugnado em sede recursal extraordinária, **viu repelida** a sua pretensão jurídica pelo eminente relator da causa, **que assinalou**, a propósito da controvérsia instaurada **perante** o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que "***o fato** de o E. STF haver revogado a Lei de Imprensa **não significa** que se tenha tornado **inviável** o direito de resposta. **Ocorre que o direito de resposta** no Brasil **já ganhou** "status" constitucional (art. 5º, V, da CRFB). **Por essa razão, eventual ausência de lei**, diante da revogação da Lei de Imprensa pelo STF, **não impedirá** o exercício daquela prerrogativa*" (**grifei**).

Vê-se, pois, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **ao proferir** a decisão objeto do recurso extraordinário em causa, **bem sintetizou a questão básica** a ser examinada por esta Suprema Corte **e que se pode traduzir na afirmação**, constante do julgamento local, **de que a qualificação constitucional** do direito de resposta, **por conferir-lhe** *estatuto jurídico autônomo*,

torna prescindível, para efeito de sua prática efetiva, a "*eventual ausência de lei*".

Sendo esse o contexto, **tenho para mim** que o pleito cautelar ora em exame **não** se mostra revestido de relevo jurídico, **eis que** a pretensão de direito material **deduzida** na causa principal **encontra**, *ela mesma*, **óbice** na orientação jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou** no exame da matéria.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, **na decisão final da ADPF 130/DF**, rel. min. AYRES BRITTO, **ao julgar procedente** o pedido **formulado** naquela sede processual, **o fez sem** prejuízo do regular exercício do direito de resposta **previsto** no art. 5º, **V**, da Constituição:

> ***11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se*** *as normas da legislação comum,* ***notadamente*** *o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal* ***às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta****, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada* ***é exercitável*** *por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva,* ***conforme estampado*** *no inciso V do art. 5º da Constituição Federal.* ***Norma, essa****, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.* [**Grifei**.]

O direito de resposta, *como se sabe*, **foi elevado à dignidade constitucional**, no sistema normativo brasileiro, **a partir** da Constituição de 1934, **não obstante** a liberdade de imprensa **já constasse** da Carta Política do Império do Brasil de 1824.

O art. 5º, **V**, da Constituição brasileira, **ao prever** o direito de resposta, **qualifica-se** como regra **impregnada** de suficiente densidade normativa, **revestida**, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, **a tornar desnecessária**, **para efeito de sua pronta** incidência, a "*interpositio legislatoris*", **o que dispensa**, por tal razão, **ainda que não se lhe vede**, *a intervenção concretizadora* do legislador comum.

Isso significa que a ausência de regulação legislativa, **motivada** por *transitória* situação de vácuo normativo, **não se revela obstáculo** ao exercício da prerrogativa **fundada** em referido preceito constitucional, **que possui** densidade normativa suficiente **para atribuir**, *a quem se sentir prejudicado* por publicação inverídica **ou** incorreta, **direito**, **pretensão e ação** cuja titularidade **bastará** para viabilizar, **em cada** situação ocorrente, **a prática concreta** da resposta **e/ou** da retificação.

É interessante assinalar, por oportuno, **que o direito de resposta somente** constituiu objeto de regulação legislativa, no Brasil, **com o advento** da *Lei Adolpho Gordo* (**Decreto** 4.743, de 31-10-1923, arts. 16 **a** 19), **eis que – consoante observa** SOLIDONIO LEITE FILHO ("**Comentários à Lei de Imprensa**", p. 188, **item** n. 268, 1925, J. Leite Editores) – "***Não havia*** *na legislação anterior à lei de imprensa nenhum dispositivo* ***regulando*** *o direito de resposta*" (**grifei**).

O que me parece relevante acentuar, neste ponto, **é que a ausência** de qualquer disciplina ritual **regedora** do exercício concreto do direito de resposta **não impede** que o Poder Judiciário, **quando** formalmente provocado, **profira decisões em amparo e proteção** àquele **atingido** por publicações inverídicas **ou** inexatas.

É que esse direito de resposta/retificação **não depende**, para ser exercido, da existência de lei, **ainda que a edição** de diploma legislativo sobre esse tema específico **possa** revelar-se útil **e**, *até mesmo*, conveniente.

Vale insistir na asserção de que o direito de resposta/retificação **tem** por base normativa **a própria** Constituição da República, cujo art. 5º, V, **estabelece os parâmetros** necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica, **tal como o decidiu**, na espécie, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **ao enfatizar** "*que o direito de resposta **possui** status constitucional*", **razão pela qual**, *presente o contexto em exame*, **mostrava-se desnecessária** a "*interpositio legislatoris*".

Correto esse julgamento, **pois** *sempre caberá* ao Poder Judiciário, **observados** os parâmetros em questão, **garantir**, à pessoa lesada (**ainda** que se cuide **do próprio** jornalista), **o exercício** do direito de resposta.

A ausência, *momentânea* **ou** *não*, de regramento legislativo **não** autoriza **nem** exonera o juiz, **sob pena** de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, **do dever de julgar** o pedido de resposta, **quando formulado** por quem se sentir ofendido **ou**, então, prejudicado por publicação ofensiva **ou** inverídica.

Não se pode desconhecer que é ínsito, à atividade do juiz, **o dever** de julgar **conforme** os postulados da razoabilidade, proporcionalidade **e** igualdade, **em respeito** ao que está previsto **no art. 126** do Código de Processo Civil ("*O juiz **não se exime** de sentenciar **ou** despachar **alegando lacuna** ou obscuridade da lei. **No julgamento** da lide **caber-lhe-á aplicar** as normas legais; **não as havendo**, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*"), **consoante assinala**, *sem maiores disceptações*, **o magistério da doutrina** (ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, "**Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**", p. 405, 2. ed., 2008, Manole; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "**Código de Processo Civil Comentado Art. por Art.**", p. 174/175, 2008, RT; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "**Curso de Direito Processual Civil**", vol. I/38 **e** 40, **itens** ns. 35 **e** 38, 50. ed., 2009, Forense, **v.g**.).

Isso significa, portanto, **considerado** o que prescreve **o art. 126** do CPC, que, **em situação** de "*vacuum legis*" (**tal** como sucede na espécie), o magistrado **poderá** valer-se de dispositivos outros – **tais como aqueles existentes**, *p. ex.*, **na Lei 9.504/1997** (art. 58 e parágrafos) –, **aplicando-os**, *no que couber*, **por analogia**, ao caso concreto, **viabilizando-se**, desse modo, **o efetivo** exercício, pelo interessado, do direito de resposta **e/ou** de retificação.

O fato é que o reconhecimento da incompatibilidade da Lei de Imprensa **com a vigente** Constituição da República **não impede**, **consideradas** as razões que venho de expor, que qualquer interessado, **injustamente** atingido por publicação inverídica **ou** incorreta, **possa exercer**, em juízo, **o direito de resposta**, **apoiando** tal pretensão **em cláusula normativa inscrita na própria** Lei Fundamental, **cuja declaração de direitos assegura**, em seu art. 5º, V, **em favor** *de qualquer* pessoa, "***o direito de resposta***, ***proporcional*** *ao agravo,* ***além*** *da indenização por dano material, moral* ***ou*** *à imagem*" (**grifei**).

O exame do contexto fático, **tal como** foi este *soberanamente* delineado pelo Tribunal de Justiça local (**RTJ** 152/612 – **RTJ** 153/1019 – **RTJ** 158/693, **v.g.**), **permite-me** reconhecer a compatibilidade da decisão recorrida com o texto da Constituição, **notadamente** no ponto em que o julgamento em causa **põe em destaque** a circunstância *de que uma* das funções **subjacentes** ao direito de resposta **reside**, *primariamente*, no restabelecimento **e/ou** na preservação da verdade, **o que se pode viabilizar**, dentre **os diversos** meios de sua concreta realização, **mediante** publicação da sentença cujo conteúdo revele a veracidade **e** a correção dos fatos veiculados pelos meios de comunicação social.

O direito de resposta/retificação traduz, *como sabemos*, **expressiva** limitação externa, **impregnada** de fundamento constitucional, **que busca neutralizar** as consequências danosas resultantes **do exercício abusivo** da liberdade de imprensa, **pois tem por função precípua**, *de um lado*, **conter** os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (**CF**, art. 5º, IV **e** IX, e art. 220, § 1º) **e**, *de outro*, **restaurar e preservar** a verdade **pertinente** aos fatos reportados pelos meios de comunicação social.

Vê-se, *daí*, **que a proteção jurídica** ao direito de resposta **permite**, *nele*, **identificar uma dupla vocação** constitucional, **pois visa** a preservar **tanto** os direitos da personalidade **quanto** assegurar, *a todos*, o exercício do direito à informação exata **e** precisa.

Mostra-se inquestionável que o direito de resposta **compõe** o catálogo das liberdades fundamentais, **tanto** que formalmente positivado **na declaração constitucional** de direitos e garantias individuais **e** coletivos, **o que lhe confere** uma particular **e** especial qualificação de índole político-jurídica.

Se é certo que o ordenamento constitucional brasileiro **ampara** a liberdade de expressão, **protegendo-a** contra *indevidas* interferências do Estado **ou** contra injustas agressões **emanadas** de particulares, **não é menos exato** que essa modalidade de direito fundamental – **que vincula não só** o poder público **como**, *também*, **os próprios** particulares – **encontra**, *no direito de resposta* (**e** na relevante função instrumental que ele desempenha), **um poderoso fator** de neutralização de excessos lesivos decorrentes da liberdade de comunicação, **além** de representar **um significativo** poder jurídico **deferido** a qualquer interessado "*para se defender de qualquer notícia ou opinião inverídica, ofensiva ou prejudicial (...)*" (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, "**Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**", p. 86, item n. 3.2, 2009, RT).

Cabe relembrar, neste ponto, **que a oponibilidade** *do direito de resposta* a particulares **sugere** reflexão **em torno** da *inteira submissão* das relações privadas aos direitos fundamentais, **o que permite estender**, *com força vinculante*, **ao plano** das relações de direito privado, **a cláusula** de proteção das liberdades **e** garantias constitucionais, **pondo em destaque** o tema *da eficácia horizontal* dos direitos básicos **e** essenciais **assegurados** pela Constituição da República, **tal como tem acentuado** o magistério da doutrina (WILSON STEINMETZ, "**A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**", 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA, "**A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**", 2004, Fabris Editor; ANDRÉ RUFINO DO VALE, "**Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**", 2004, Fabris Editor; INGO WOLFGANG SARLET, "**A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**", 2000, Livraria do Advogado, Porto Alegre; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, "**Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**", **in** "Cadernos de Soluções Constitucionais", p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO, "**Direitos Fundamentais e Relações Privadas**", p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "**Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais**", **in** "Direito Público", ano I, n. 2, p. 170/174, out./dez. de 2003, *v.g.*), **em lições que possuem o beneplácito** da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 164/757-758**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 209/821-822**, rel. p/ o acórdão min. GILMAR MENDES – **AI 346.501-AgR/SP**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 161.243/DF**, rel. min. CARLOS VELLOSO, *v.g.*).

Cabe insistir na afirmação de que **qualquer** pessoa (**tanto quanto** a própria coletividade) **tem** o direito de obter **e** de ter acesso a informações verazes, honestas **e** confiáveis, **de tal modo que** a violação desse direito, **se e quando** consumada, **poderá justificar**, *plenamente*, o exercício do direito de resposta.

Desse modo, **longe** de configurar **indevido** cerceamento à liberdade de expressão, **o direito de resposta**, *considerada a multifuncionalidade* de que se acha impregnado, **qualifica-se** como instrumento de superação do estado de tensão dialética **entre** direitos **e** liberdades em situação de conflituosidade.

O exercício dessa prerrogativa fundamental, *de extração* ***eminentemente*** *constitucional* – **que pode** ser identificada **tanto** no plano individual **quanto** no da metaindividualidade (GUSTAVO BINENBOJM, "**Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa**") –, **permite qualificá-la** (**examinado** o tema sob uma perspectiva pluralística) como instrumento **concretizador** *do convívio harmonioso* **entre** as liberdades de informação **e** de expressão do pensamento **e** o direito à integridade moral, **o que se mostra** ***compatível*** **com padrões que distinguem** sociedades democráticas. **Torna-se importante salientar**, *bem por isso*, **que a superação** dos antagonismos existentes **entre** princípios constitucionais – **como aqueles** concernentes à liberdade de informação, *de um lado*, **e** à preservação da honra, *de outro* – **há de resultar da utilização**, pelo Poder Judiciário, **de critérios** que lhe permitam **ponderar**

e avaliar, "*hic et nunc*", **em função** de determinado contexto **e sob uma perspectiva axiológica** concreta, **qual deva ser** o direito a preponderar **em cada** caso, **considerada** a situação de conflito ocorrente, **desde que**, no entanto, **a utilização do método da ponderação** de bens **e** interesses **não importe em esvaziamento** do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, **tal como adverte o magistério da doutrina** (DANIEL SARMENTO, "**A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**" p. 193/203, "***Conclusão***", itens n. 1 **e** 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Temas de Direito Constitucional**", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "**Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias**", "*in*" "**Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998)**", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional**", p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSOM PEREIRA DE FARIAS, "**Colisão de Direitos**", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "**Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**", p. 216, "***Conclusão***", 2. ed., 2000, Brasília Jurídica).

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (**como os pertinentes** à incolumidade da honra **e** à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) **representam limitações constitucionais externas** à liberdade de expressão, "*verdadeiros contrapesos à liberdade de informação*" (L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, "**Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**", p. 137, 2. ed., 2003, Renovar), **que não pode** – *e não deve* – **ser exercida de modo abusivo** (GILBERTO HADDAD JABUR, "**Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**", 2000, RT), *mesmo porque* a garantia constitucional **subjacente** à liberdade de informação **não afasta**, por efeito do que determina **a própria** Constituição da República, **o direito do lesado** à resposta **e** à indenização por danos materiais, morais **ou** à imagem (**CF**, art. 5º, V **e** X, **c/c** art. 220, § 1º).

Na realidade, **a própria** Carta Política, **depois de garantir** o exercício da liberdade de informação jornalística, **impõe-lhe parâmetros** – dentre os quais **avulta**, por sua inquestionável importância, **o necessário respeito** aos direitos da personalidade (**CF**, art. 5º, V e X) – **cuja observância não pode ser desconsiderada** pelos órgãos de comunicação social, **tal como expressamente determina** o texto constitucional (art. 220, **§ 1º**), **cabendo**, ao Poder Judiciário, **mediante** ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar**, de um lado, **e direitos da personalidade**, de outro), **definir**, em cada situação ocorrente, **uma vez configurado** esse contexto de tensão dialética, a liberdade **que deve prevalecer** no caso concreto.

Lapidar, sob tal aspecto, **o douto magistério** do eminente desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO ("**Programa de Responsabilidade Civil**", p. 129/131, item n. 19.11, 6. ed., 2005, Malheiros):

(...) ***ninguém questiona*** *que a Constituição* ***garante*** *o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, "****e de comunicação****", ****independentemente*** *de censura* ***ou*** *licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º).* ***Essa mesma Constituição****, todavia,* ***logo no inciso X*** *do seu art. 5º,* ***dispõe que*** *"****são invioláveis*** *a intimidade", a vida privada, a "honra" e a imagem das pessoas,* ***assegurado*** *o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".* ***Isso evidencia*** *que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais,* ***esses dois princípios constitucionais*** *se confrontam e devem ser conciliados.* ***É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio*** *entre princípios constitucionais em aparente conflito,* ***porquanto****, em face do "princípio da unidade constitucional", a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...).*

(...)

À luz desses princípios*, é forçoso concluir que,* ***sempre*** *que direitos constitucionais* ***são colocados em confronto****,* ***um condiciona o outro****, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior* ***para impedir*** *excessos e arbítrios.* ***Assim****,* ***se*** *ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação* ***contrapõe-se*** *o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem,* ***segue-se*** *como consequência lógica* ***que este último condiciona o exercício do primeiro****.*

Os nossos melhores constitucionalistas, ***baseados*** *na jurisprudência da Suprema Corte Alemã,* ***indicam o princípio da*** *"****proporcionalidade****" como sendo o meio mais adequado para se solucionarem* ***eventuais conflitos*** *entre a liberdade de comunicação* ***e*** *os direitos da personalidade.* ***Ensinam*** *que,* ***embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito****, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.*

Ademais*, o constituinte brasileiro* ***não concebeu*** *a liberdade de expressão* ***como direito absoluto****, na medida em que estabeleceu* ***que o exercício*** *dessa liberdade* ***deve-se fazer com observância do disposto*** *na Constituição,* ***consoante*** *seu art. 220, "in fine".* ***Mais expressiva****, ainda,* ***é a norma contida no § 1º*** *desse artigo* ***ao subordinar****, expressamente,* ***o exercício*** *da liberdade jornalística* ***à*** *"****observância*** *do disposto* ***no art. 5º****, IV,* ***V****,* ***X****, XIII e XIV".* ***Temos aqui verdadeira "reserva legal qualificada", que autoriza*** *o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais,* ***não menos*** *significativos,* ***como os direitos de personalidade em geral****.* ***Do contrário****,* ***não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios*** *contidos nos incisos acima citados* ***como limites imanentes*** *ao exercício da liberdade de imprensa.*

(...)

Em conclusão*:* ***os direitos individuais****,* ***conquanto previstos*** *na Constituição,* ***não podem ser*** *considerados ilimitados* ***e*** *absolutos,* ***em face*** *da natural restrição resultante do "princípio da convivência das liberdades",* ***pelo quê não se permite*** *que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem*

pública e às liberdades alheias. ***Fala-se****, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações.* [**Grifei**.]

Daí a procedente observação feita pelo eminente ministro GILMAR FERREIRA MENDES, **em trabalho concernente à colisão de direitos fundamentais** (liberdade de expressão e de comunicação, *de um lado*, **e** direito à honra e à imagem, *de outro*), **em que expendeu**, *com absoluta propriedade*, **o seguinte magistério** ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**", p. 89/96, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor):

> ***No processo de "ponderação"*** *desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais* ***não se deve atribuir*** *primazia absoluta* ***a um ou a outro*** *princípio ou direito.* ***Ao revés****, esforça-se o Tribunal* ***para assegurar*** *a aplicação das normas conflitantes,* ***ainda*** *que,* ***no caso concreto****, uma delas* ***sofra*** *atenuação. (...).*
>
> ***Como demonstrado****, a Constituição brasileira (...)* ***conferiu*** *significado especial aos direitos da personalidade,* ***consagrando*** *o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional,* ***estabelecendo a inviolabilidade*** *do direito à honra e à privacidade* ***e fixando*** *que a liberdade de expressão e de informação* ***haveria de observar*** *o disposto na Constituição,* ***especialmente*** *o estabelecido no art. 5º, X.*
>
> ***Portanto****, tal como no direito alemão,* ***afigura-se legítima a outorga de tutela judicial*** *contra a violação dos direitos de personalidade,* ***especialmente*** *do direito à honra e à imagem, ameaçados* ***pelo exercício abusivo*** *da liberdade de expressão e de informação.* [**Grifei**.]

Inquestionável, desse modo, como **anteriormente** já enfatizado, *que o exercício concreto* da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita **na própria** Constituição.

Cabe observar, *bem por isso*, **que a responsabilização** "*a posteriori*" (**sempre** "*a posteriori*"), *em regular processo judicial*, **daquele que comete abuso** no exercício da liberdade de informação **não traduz** ofensa **ao que dispõem** os §§ 1º **e** 2º do art. 220 da Constituição da República, **pois** *é o próprio* estatuto constitucional **que estabelece**, **em favor** da pessoa **injustamente** lesada, **a possibilidade** de receber indenização "*por dano material, moral ou à imagem*" **ou**, *então*, de exercer, *em plenitude*, o direito de resposta (**CF**, art. 5º, V **e** X).

Se é certo *que o direito de informar*, **considerado o que prescreve** o art. 220 da Carta Política, **tem** fundamento constitucional (**HC 85.629/RS**, rel. min.

ELLEN GRACIE), **não é menos exato que o exercício abusivo** da liberdade de informação, **que deriva do desrespeito** aos vetores subordinantes referidos **no § 1º** do art. 220 **da própria** Constituição, "***caracteriza** ato ilícito **e**, como tal, **gera** o dever de indenizar*", **consoante observa**, em magistério irrepreensível, **o ilustre magistrado** ENÉAS COSTA GARCIA ("**Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação**", p. 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira), **inexistindo**, por isso mesmo, **quando tal se configurar**, situação evidenciadora **de indevida** restrição à liberdade de imprensa, **tal como pude decidir** em julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal:

> ***LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL **QUE NÃO SE REVESTE** DE CARÁTER ABSOLUTO. **SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO** ENTRE O DIREITO DE INFORMAR **E** OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **E** DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. **A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. **COLISÃO** ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, **QUE SE RESOLVE**, EM CADA CASO, **PELO MÉTODO** DA PONDERAÇÃO **CONCRETA** DE VALORES. **MAGISTÉRIO** DA DOUTRINA. **O EXERCÍCIO ABUSIVO** DA LIBERDADE DE INFORMAR, **DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME** AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL **E** À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, **ASSEGURA**, AO OFENDIDO, **O DIREITO** À REPARAÇÃO CIVIL, **POR EFEITO** DO QUE DETERMINA **A PRÓPRIA** CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (**CF**, ART. 5º, V **E** X). **INOCORRÊNCIA**, EM TAL HIPÓTESE, **DE INDEVIDA** RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. **NÃO RECEPÇÃO** DO ART.52 **E** DO ART. 56, **AMBOS** DA LEI DE IMPRENSA, **POR INCOMPATIBILIDADE** COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. **DANO MORAL**. **AMPLA REPARABILIDADE**. **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EXAME SOBERANO** DOS FATOS E PROVAS **EFETUADO** PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO** EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. **AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO**.*
>
> *– **O reconhecimento** "a posteriori" da responsabilidade civil, em **regular** processo judicial **de que resulte a condenação ao pagamento de indenização** por danos materiais, morais **e** à imagem da pessoa **injustamente** ofendida, **não transgride** os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, **pois é o próprio estatuto constitucional** que estabelece, **em cláusula expressa** (**CF**, art. 5º, V **e** X), **a reparabilidade patrimonial** de tais gravames, **quando caracterizado o exercício abusivo**, pelo órgão de comunicação social, **da liberdade de informação**. **Doutrina**.*
>
> *– A Constituição da República, **embora garanta** o exercício da liberdade de informação jornalística, **impõe-lhe**, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, **a necessária observância de parâmetros – dentre os quais** avultam, por seu relevo, **os direitos da personalidade – expressamente referidos no próprio** texto constitucional (**CF**, art. 220, § 1º), **cabendo**, ao Poder Judiciário, **mediante** ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar**, de um lado, **e direitos da personalidade**, de outro), **definir**, em cada situação ocorrente, **uma vez configurado** esse contexto de tensão dialética, **a liberdade que deve prevalecer no caso concreto**. **Doutrina**. (...).* [**AI 595.395/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

A discussão em torno **da natureza jurídica** do direito de resposta, *por sua vez*, **tem estimulado** a formulação **de abordagens diferenciadas** a propósito dessa prerrogativa fundamental, **como o evidencia** a reflexão que VITAL MOREIRA faz sobre esse instituto, **concebido** como reação ao abuso do *poder informativo* **de que são titulares** os detentores dos "*mass media*".

Em obra monográfica ("**O Direito de Resposta na Comunicação Social**", p. 24/32, item n. 2.6, 1994, Coimbra Editora), **esse ilustre** professor da Universidade de Coimbra **e antigo** juiz do Tribunal Constitucional português (1983-1989) **expõe** as diversas concepções **que buscam justificar**, *doutrinária* ***e*** *dogmaticamente*, **o direito de resposta**, **advertindo**, no entanto, **sobre a insuficiência** de uma "*explicação unifuncional*", **por vislumbrar**, no direito de resposta, **uma pluralidade de funções**, por ele assim identificadas: (**a**) o direito de resposta **como** "*defesa dos direitos de personalidade*", (**b**) o direito de resposta **como** "*direito individual de expressão e de opinião*", (**c**) o direito de resposta **como** "*instrumento de pluralismo informativo*", (**d**) o direito de resposta **como** "*dever de verdade da imprensa*" **e**, *finalmente*, (**e**) o direito de resposta **como** "*uma forma de sanção "sui generis", ou de indenização em espécie*".

Ao sumariar as múltiplas funções que se mostram **inerentes** ao direito de resposta, **esse autor** destaca-lhe, **no contexto** dessa "*plurifuncionalidade*", **duas características** que reputa mais expressivas ("*op. cit.*", p. 32):

> *(...)* ***a defesa*** *dos direitos de personalidade (ou, mais genericamente, de um "direito à identidade")* ***e a promoção*** *do contraditório e do pluralismo da comunicação social.*
>
> *Esquematicamente,* ***o direito de resposta satisfaz dois objectivos****: (****a****)* ***proporciona a todos*** *os que se considerem afectados por uma notícia de imprensa um meio expedito, simples e não dispendioso de defender a sua reputação ou de fazer a valer a sua verdade acerca de si mesmo; (****b****)* ***permite a difusão*** *de versões alternativas,* ***facultando*** *desse modo ao público o acesso a pontos de vista divergentes ou contraditórios sobre o mesmo assunto.* ***Nas palavras de um especialista italiano são dois*** *os "interesses tutelados pelo direito de resposta:* ***por um lado****, um interesse* ***eminentemente*** *privatístico –* ***o direito*** *à identidade pessoal,* ***isto é****, o direito a não ver deformado o próprio património moral, cultural, político, ideal, etc.;* ***por outro lado****, um interesse publicístico –* ***a pluralidade*** *de fontes de informação,* ***permitindo*** *ao leitor julgar* ***depois*** *de ter ouvido também "a outra parte" (...).* [**Grifei**.]

Cabe referir, *por oportuno*, **quanto** à amplitude **e à própria titularidade ativa** do direito **constitucional** de resposta (cujo exercício *nem sempre* supõe a prática *de ato ilícito*), **o valioso entendimento doutrinário exposto** por GUSTAVO BINENBOJM, **que ressalta o caráter transindividual** dessa prerrogativa jurídica, **na medida** em que o exercício do direito de resposta **propicia**, em favor **de um número indeterminado** de pessoas (**mesmo** daquelas **não** diretamente atingidas pela publicação inverídica ou incorreta), **a concretização** do próprio direito à informação *correta*, *precisa e exata* ("**Meios de Comunicação de Massa**, **Pluralismo e Democracia Deliberativa**. **As Liberdades de Expressão e**

de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil", p. 12/15, "*in*" Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006, IDPB):

> ***Ocorre*** *que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos),* ***o constituinte atentou*** *também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público.* ***É interessante notar*** *que,* ***ao contrário*** *da Constituição dos Estados Unidos,* ***a Constituição brasileira de 1988*** *contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão.* ***É nesse sentido*** *que Konrad Hesse se refere à natureza dúplice da liberdade de expressão.*
>
> ***Importam-nos*** *mais diretamente,* ***para os fins*** *aqui colimados,* ***os dispositivos constitucionais que cuidam de balancear o poder distorsivo*** *das empresas de comunicação social sobre o discurso público, que devem ser compreendidos como intervenções pontuais* ***que relativizam*** *a liberdade de expressão* ***em prol*** *do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais* ***e*** *da ordem democrática* ***traçados*** *em esboço na Constituição.* ***No vértice de tal sistema se encontra a pessoa humana****, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.*
>
> *(...)*
>
> ***Além das normas*** *constitucionais mencionadas logo no intróito deste capítulo, alguns direitos individuais* ***relacionados*** *no art. 5º* ***também mitigam*** *a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa (art. 220, § 1º). Dentre eles, o direito de resposta (art. 5º, inciso V) e o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV) guardam pertinência mais direta com o ponto que se deseja demonstrar.*
>
> ***O direito de resposta não pode ser compreendido*** *no Brasil como direito puramente individual,* ***nem tampouco*** *como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa.* ***De fato, além*** *de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas,* ***o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público*** *sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade.* ***Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil*** *pela empresa de comunicação,* ***mas deve ser elastecido*** *para abarcar uma gama* ***mais ampla*** *de situações que envolvam fatos de interesse público.* ***Com efeito****, algumas notícias,* ***embora*** *lícitas,* ***contêm*** *informação incorreta ou defeituosa,* ***devendo-se assegurar*** *ao público o direito de conhecer a versão oposta.*
>
> ***A meu ver****, portanto,* ***o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa*** *("collaborative media")* ***em que o público é convidado*** *a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista.* ***A autonomia editorial****, a seu turno,* ***seria preservada*** *desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro* ***e não representa*** *a opinião do veículo de comunicação.*
>
> ***Na Argentina****, a Suprema Corte* ***acolheu*** *esta utilização mais ampla do direito de resposta* ***em caso*** *no qual um famoso escritor* ***concedeu entrevista*** *em programa de televisão na qual emitiu conceitos considerados ofensivos a figuras*

*sagradas da religião católica. **A Corte assegurou** o direito de resposta a um renomado constitucionalista, **com a leitura** de uma carta no mesmo canal de TV, **baseando-se** em um direito da comunidade cristã de apresentar o seu próprio ponto de vista sobre as mencionadas figuras. **Considerou-se**, na espécie, **que o requerente atuou** como substituto processual daquela coletividade.* [**Grifei**.]

Posiciona-se, no mesmo sentido, L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO ("**Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**", p. 121/122, item 7, 2. ed., 2003, Renovar):

***Nesse contexto, já vimos que o direito de informação**, com esta nova ótica constitucional, **importa** no direito à informação verdadeira, **e que esta** constitui um direito **difuso** da sociedade.*

***Sendo assim**, **o direito de resposta deve**, por sua vez, reajustar-se para adaptar-se a esta nova ordem jurídica.*

***É primordial que se abandone a concepção do direito de resposta** que o configura, **apenas**, como uma ação de reparação de dano, **ou** como um instituto afim à legítima defesa. **Ele é tudo isso, mas deve ser mais que isso. Ele deve ser deslocado do particular**, ofendido pessoalmente, titular de um direito à indenização, **para a sociedade**, credora de uma informação verdadeira, imparcial, autêntica.*

***Aceita a concepção, forçoso é admitir que o direito de resposta**, integrante do direito de informação, **é também um direito difuso**, que pode ser exercido **por qualquer** legitimado com o fim de preservar a verdade de um fato.*

***Não mais vigerá a estreita via** da indenização e da legitimação exclusiva do lesado para opor-se à matéria inexata. **O ofendido cederá parte** de seu lugar para o "interessado" **na exatidão** da notícia – **a sociedade**.* [**Grifei**.]

Essa **mesma** percepção do tema é revelada por FÁBIO KONDER COMPARATO ("**A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa**", "*in*" "Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides", p. 165/166, item IV, 2001, Malheiros):

***O direito de resposta**, tradicionalmente, **visa a garantir a defesa** da verdade **e da** honra individual. **Legitimado a exercê-lo**, portanto, **é sempre o indivíduo** em relação ao qual haja sido difundida uma mensagem inverídica ou desabonadora. Ainda que se não possa nele enxergar um direito potestativo, como quer uma parte da doutrina, **é inegável que ele se apresenta** como um meio de defesa particularmente vigoroso, **em geral garantido** pela cominação de pesada multa em caso de descumprimento pelo sujeito passivo.*

***É**, sem dúvida, **necessário estender a utilização** desse mecanismo jurídico **também à defesa de bens coletivos ou sociais**, que a teoria moderna denomina "**interesses difusos**". Os defensores do bem comum **ou** interesse social **acham-se** sempre em posição jurídica subalterna **em relação** aos controladores dos meios de comunicação social, **só tendo acesso** garantido a esses veículos nos raros casos previstos em lei.*

***A legitimação** para o exercício do direito **coletivo** de retificação **deveria caber**, analogamente ao previsto no chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990): **1) ao Ministério Público; 2) a órgãos** da Administração Pública, direta ou indireta, **ainda que despidos** de personalidade jurídica, quando especificamente criados para a defesa de interesses difusos ou coletivos;*

***3) a organizações não governamentais**, existentes sob a forma de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano **e que incluam** entre suas finalidades estatutárias a defesa desses interesses.* [**Grifei**.]

A razão **subjacente** a tais propostas *parece resultar*, **segundo preconizam** esses eminentes autores, **da necessidade** de intensificar, ***fortalecendo-o***, o processo de democratização dos meios de comunicação de massa ("*mass media*"), **uma vez que o antigo conceito liberal** do "*livre mercado de ideias*" ("*free marketplace of ideas*") – **defendido** por pensadores **e** intelectuais *tão diversos* **como** JOHN MILTON ("**Areopagitica**"), JOHN STUART MILL ("**On Liberty**"), THOMAS JEFFERSON ("**Letter to William Roscoe**"), FRED S. SIEBERT ("**The Libertarian Theory**"), OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (**voto vencido** em "**Abrams v. United States**", **in** 250 U.S. 616, **proferido** em 1919), WILLIAM BRENNAN, JR. (**voto vencedor** em "**Keyishian v. Board of Regents of the University of the State of New York**", **in** 385 U.S.589, **proferido** em 1967), *v.g.* – **achar-se-ia** *gravemente* **comprometido** por uma **progressiva** concentração da propriedade dos meios de comunicação social, **a ponto** de autores **como** JEROME A. BARRON ("**Access to the Media – A Contemporary Appraisal**" **e** "**Access to the Media – A New First Amendment Right**") **e** PATRICK GARRY ("**The First Amendment and Freedom of the Press**: **A Revised Approach to the Marketplace of Ideas Concept**") **sustentarem** que essa "*concentration of Media ownership*" **culminaria** por descaracterizar a velha noção expressa **na metáfora** do "*marketplace of ideas*", **cujo perfil**, *agora*, deveria ceder **à nova fórmula** do "*revised marketplace model*", que, **em decorrência** dos dilemas **e** distorções **provocados** pelo fenômeno do oligopólio dos meios de comunicação de massa, **busca promover** a realização **de diversos** objetivos que se projetam no plano *da transindividualidade*, **assim identificados** por PATRICK GARRY, **no estudo** que venho de referir: "*truth, individual and social interaction, citizen participation in public affairs and the maintenance of a nonmonopoly press*".

Vale destacar, *por sua vez*, **um outro aspecto** que se me afigura relevante. **Refiro-me** ao fato de que a **justa preocupação** da comunidade internacional **com a preservação** do direito de resposta **tem representado**, *no plano do sistema interamericano* **e em tema** de proteção aos direitos de personalidade, **um tópico sensível e delicado** da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, **como** o evidencia o Pacto de São José da Costa Rica (**Art. 14**), **que constitui** instrumento **que reconhece**, a qualquer pessoa que se considere afetada por meio de informação inexata **ou** ofensiva veiculada pela imprensa, **o direito de resposta e de retificação**:

Art. 14 – Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial. [**Grifei**.]

Cumpre relembrar, *no ponto*, **o magistério doutrinário** de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**", vol. 4/138, **em coautoria** com LUIZ FLÁVIO GOMES, 2008, RT), **cuja análise** do mencionado **art. 14** da Convenção Americana de Direitos Humanos **bem ressalta** o entendimento que a comunidade internacional **confere** à cláusula convencional **pertinente** ao direito de resposta **e** de retificação:

*A Convenção **não se refere** à "proporcionalidade" da resposta relativamente à ofensa, **não indicando** se as pessoas atingidas **têm direito de responder** em espaço igual ou maior, **em que lapso** pode exercitar esse direito, que terminologia é mais adequada etc. **A Convenção diz apenas** que estas condições serão as "que estabeleça a lei", frase que remete às normas internas dos Estados-Partes o estabelecimento das "condições" de exercício do direito de retificação ou resposta, o que poderá variar de país para país. **Contudo, tal proporcionalidade da resposta** relativamente à ofensa **deve entender-se** "implícita" no texto da Convenção, **não podendo** as leis dos Estados-Partes ultrapassar os limites restritivos razoáveis e os conceitos pertinentes já afirmados pela Corte Interamericana.* [**Grifei**.]

Cabe mencionar, *ainda*, **fragmento da Opinião Consultiva 7/86**, proferida, em 29 de agosto de 1986, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, **ao ressaltar a essencialidade** desse instrumento de preservação dos direitos da personalidade, **entendeu** que o direito de resposta **deve ser aplicado independentemente** de regulamentação pelo ordenamento jurídico **interno ou doméstico** dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica:

***A tese** de que a frase "nas condições que estabeleça a lei", **utilizada** no art. 14.1, **somente facultaria** aos Estados Partes a criar por lei o direito de retificação ou de resposta, sem obrigá-los a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule, não se compadece nem com o "sentido corrente" dos termos empregados nem com o "contexto" da Convenção. **Com efeito, a retificação ou resposta** em razão de informações inexatas **ou** ofensivas **dirigidas** ao público em geral **se coaduna** com o artigo 13.2.a **sobre liberdade de pensamento ou de expressão**, que sujeita essa liberdade ao "respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas" (...); com o artigo 11.1 e 11.3, segundo o qual*

"1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade."

"3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas" e com o artigo 32.2, segundo o qual "Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática".

O direito de retificação ou de resposta é um direito ao qual são aplicáveis as obrigações dos Estados Partes consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

E não poderia ser de outra maneira, já que o próprio sistema da Convenção está direcionado a reconhecer direitos e liberdades às pessoas e não a facultar que os Estados o façam (Convenção Americana, Preâmbulo, ***O efeito das reservas*** *sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 74 e 75),* ***Opinião Consultiva OC-2/82*** *de 24 de setembro de 1982. Série A, n. 2, parágrafo 33).* [**Grifei**.]

Impende ressaltar, *por oportuno*, **trecho** da manifestação proferida **no âmbito** de mencionada Opinião Consultiva **emanada** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **proveniente** do eminente Juiz **RODOLFO E. PIZA ESCALANTE**, **que assim se pronunciou**:

> ***Em outras palavras****, o direito de retificação* ***ou*** *de resposta* ***é de tal relevância que nada impede*** *respeitá-lo* ***ou*** *garanti-lo,* ***vale dizer*** *aplicá-lo e ampará-lo,* ***ainda que não haja lei que o regulamente****, por meio de simples critérios de razoabilidade; no fim das contas, a própria lei, ao estabelecer as condições de seu exercício, deve sujeitar-se a iguais limitações, porque, de outra forma, violaria ela mesma o conteúdo essencial do direito regulamentado e, portanto, o artigo 14.1 da Convenção.* [**Grifei**.]

No que diz respeito ao direito comparado, *por sua vez*, **cumpre referir** que há países que **não** estabeleceram **qualquer** tipo de regulamentação legislativa ao direito de resposta, **como** os Estados Unidos **e** a Argentina.

Quanto ao direito argentino, **é de assinalar** o magistério doutrinário do ilustre jurista RODOLFO PONCE DE LEÓN ("*Derecho de réplica*", p. 137/138, "*in*" "**Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales**", **organizado** por JUAN CARLOS VEGA **e** MARISA ADRIANA GRAHAM, 1996, Astrea), **que assim se manifesta** a respeito do exercício **do direito de resposta**, **considerada** a circunstância **de que inexiste**, na República Argentina, **qualquer** regulação legislativa **disciplinadora** do exercício do direito de resposta **e/ou** de retificação:

> ***O exercício*** *do direito de retificação* ***ou*** *de resposta* ***supõe*** *o prejuízo à honra* ***ou*** *à reputação de uma pessoa,* ***ocasionado por informações inexatas e ofensivas por intermédio de meios*** *de difusão que se dirijam ao público em geral (****art. 14****, parágrafo 1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).*
>
> ***Causado*** *esse prejuízo,* ***nasce*** *o direito específico,* ***que é o de formular****, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação* ***ou*** *resposta.*
>
> ***Se há lei****, nos termos dela mesma;* ***se não há lei, como é o nosso caso*** *[argentino]* ***atualmente, a Constituição opera diretamente. Isso não é uma novidade****, mas um critério estabelecido por nossa Corte Suprema de Justiça* ***desde o caso*** *"Ekmekdjian c/Sofovich"* ***anterior*** *à reforma constitucional.*
>
> *Esta ação* ***não é outra*** *que a de amparo* ***prevista*** *no parágrafo 1º do art. 43 da Constituição nacional reformada.*
>
> ***Confirmadas*** *as informações inexatas ou ofensivas, e alegado o prejuízo à honra ou à reputação,* ***o juiz deverá ordenar*** *ao meio de difusão passiva* ***a publicação*** *de resposta* ***ou*** *de retificação* ***que satisfaça*** *ao ofendido.*
>
> ***O primeiro elemento*** *de equidade que aparece é o de que a publicação deverá apresentar a imediatidade que o meio impõe.* ***O segundo elemento*** *é o de que a publicação deverá apresentar o mesmo grau de importância jornalística*

e informativa que a publicação a que se responde ou que se retifica. ***O terceiro elemento*** *é o de que a publicação deverá ajustar-se ao respondido ou retificado, sem poder apresentar considerações de outro tipo nem, por óbvio, apresentar expressões ofensivas ou injuriosas.*

O meio jornalístico *deverá publicar nessas condições a resposta* ***ou*** *a retificação.* ***Sendo uma obrigação de fazer, poderão ser impostas multas ao meio de imprensa negligente no cumprimento*** *de sua obrigação constitucional.*

Tudo o que foi aqui exposto *tem validade no que diz respeito às jurisdições nas quais os Poderes Legislativos locais não hajam estabelecido normas procedimentais específicas em função das quais dar trâmite ao processo.*

Se *[os Poderes Legislativos locais] houverem estabelecido,* ***e sem prejuízo*** *da crítica a que [essas normas] estejam sujeitas, o juiz deverá observar a idoneidade desse procedimento, no que se refere à proteção que se postula. Se isso acontecer, fica a situação excluída do art. 43 em análise.*

Para finalizar*, devemos dizer que,* ***desde a reforma de 1994****, em nossa opinião,* ***não é saudável*** *que se regulamente o exercício dessa ação* ***nem*** *no âmbito nacional* ***nem*** *no provincial.* ***Cabem aqui as críticas, alertas e reservas*** *manifestadas* ***quando da edição****, pelo governo militar,* ***da lei de amparo n. 16.986****.* ***Parafraseando*** *VARGAS GÓMEZ,* ***digamos que uma regulamentação inconveniente*** *do direito de réplica* ***poder-se-ia converter em uma regulamentação do silêncio****. Com BIDART CAMPOS – que assim se manifestou naquela oportunidade –,* ***digamos que é duvidoso que os problemas*** *que podem decorrer* ***da falta*** *de uma lei* ***possam*** *ser resolvidos com a edição dessa norma.* [**Grifei**.]

Devo registrar, *finalmente*, **que se reveste** de plena legitimidade jurídica **a imposição** de multa cominatória ("*astreinte*") **como instrumento de coerção processual** destinado a compelir o devedor, **mesmo** que se cuide de pessoa jurídica de direito público, **a adimplir** obrigação de fazer, **como aquela** que determinou, à parte ora requerente, **a publicação** de sentença, **na linha** de orientação **que tem sido acolhida** pelo Supremo Tribunal Federal:

TUTELA ANTECIPATÓRIA *–* ***POSSIBILIDADE****,* ***EM REGRA****, DE SUA OUTORGA* ***CONTRA*** *O PODER PÚBLICO,* ***RESSALVADAS*** *AS LIMITAÇÕES* ***PREVISTAS NO ART. 1º*** *DA LEI 9.494/1997 –* ***VEROSSIMILHANÇA*** *DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL –* ***OCORRÊNCIA*** *DE SITUAÇÃO* ***CONFIGURADORA*** *DO "PERICULUM IN MORA" –* ***ATENDIMENTO****, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS (****CPC****, ART. 273, I E II) –* ***CONSEQUENTE DEFERIMENTO****, NO CASO,* ***DA ANTECIPAÇÃO*** *DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL –* ***LEGITIMIDADE JURÍDICA*** *DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES"* ***CONTRA*** *O PODER PÚBLICO –* ***DOUTRINA*** *–* ***JURISPRUDÊNCIA*** *–* ***DECISÃO REFERENDADA*** *EM* ***MAIOR*** *EXTENSÃO –* ***TUTELA ANTECIPATÓRIA INTEGRALMENTE DEFERIDA****.*

(...)

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES"*.*

– ***Inexiste*** *obstáculo jurídico-processual à utilização,* ***contra*** *entidades de direito público,* ***da multa cominatória*** *prevista* ***no § 5º*** *do art. 461 do CPC. A "astreinte" –* ***que se reveste*** *de função coercitiva –* ***tem por finalidade específica compelir****, legitimamente,* ***o devedor****,* ***mesmo*** *que se cuide do poder público,* ***a***

cumprir *o preceito.* ***Doutrina****.* ***Jurisprudência****.* [**RE 495.740-TAR/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Com efeito, **as** "***astreintes***" **podem** ser *legitimamente* impostas *até mesmo* às pessoas jurídicas de direito público, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, "**Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)**", "*in*" Revista Dialética de Direito Processual 15, p. 95/104, item 7, junho – 2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, "**As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**", p. 99/103, item 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado Editora; EDUARDO TALAMINI, "**Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC**, **arts. 461 e 461-A; CDC**, **art. 84)**", p. 246/247, item 9.3.4, 2. ed., 2003, Editora Revista dos Tribunais, **v.g**.).

Esse entendimento doutrinário, por sua vez, **reflete-se na jurisprudência** firmada pelos Tribunais, **cujas decisões** (**RT** 808/253-256 – **RF** 370/297-299 – **Resp 201.378/SP**, rel. min. FERNANDO GONÇALVES – **Resp 784.188/RS**, rel. min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – **Resp 810.017/RS**, rel. min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, **v.g**.) **já reconheceram** a possibilidade jurídico-processual **de condenação** da Fazenda Pública **na multa cominatória** prevista **no § 5º** do art. 461 do CPC **e**, *com maior razão*, **a aplicação** das "*astreintes*" aos particulares em geral.

Desse modo, **tenho por insuscetível de acolhimento** a pretensão cautelar formulada pelo autor, **eis que inviável** o próprio recurso extraordinário a que o pleito se refere.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **nego** seguimento **à presente** "*ação cautelar incidental*", **restando prejudicado**, em consequência, **o exame** do pedido de medida liminar.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 25 de novembro de 2010 — Celso de Mello, relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.771 — MG

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Requerente: Prefeito municipal de Caxambu/MG — Requerida: Câmara Municipal de Caxambu

Medida cautelar incidental. Fiscalização normativa abstrata. Requisitos necessários à outorga do provimento cautelar (*RTJ* 174/437-438, rel. min. Celso de Mello, *v.g.*). Pretendida suspensão cautelar de eficácia de normas inscritas em lei orgânica municipal. Regras legais que explicitam, em favor da Câmara de Vereadores, o poder de requisição de informações exercido em face do Poder Executivo local. Prerrogativa político-jurídica que se inclui, constitucionalmente, na esfera de atribuições do Poder Legislativo municipal. Instrumentos constitucionais, como a prerrogativa de requisitar informações, que viabilizam o exercício, pela Câmara de Vereadores, de seu poder de controle sobre atos do Poder Executivo, excluída, no entanto, a possibilidade de o Legislativo determinar o comparecimento do prefeito municipal (ADI 687/PA, rel. min. Celso de Mello, Pleno). Inexistência, nas regras legais impugnadas, dessa obrigação de comparecimento. Lei orgânica que parece conformar-se, no ponto, ao que prescreve, em tema de controle parlamentar do Executivo, a própria Constituição da República. Medida cautelar a que se nega seguimento.

Decisão: **A presente** "*medida cautelar inominada*" **busca atribuir** "*efeito suspensivo ativo*" a recurso extraordinário, que, **interposto** pela parte ora requerente, **insurge-se** contra decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **proferida** nos autos da **ADI** 1.0000.07.46671-4/000.

O prefeito municipal de Caxambu/MG **pretende**, *neste processo cautelar*, **a sustação** de eficácia *de determinados* preceitos (art. 34, § 1º, **e** art. 74, XVIII) **inscritos** na Lei Orgânica municipal, **não obstante** confirmados, **quanto** à sua plena validade jurídico-constitucional, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Assinalo que o recurso extraordinário em questão **sofreu** juízo **positivo** de admissibilidade.

A decisão **objeto** do referido recurso extraordinário, **que julgou** improcedente ação direta de inconstitucionalidade **ajuizada** pelo autor desta "*medida cautelar*", **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Orgânica municipal. Dispositivos sobre a solicitação de informações e a fixação de prazo para sua prestação à Câmara Municipal. *O art. 62, XXXI, da Constituição do Estado fixa a competência da Assembleia Legislativa, também aplicável às Câmaras Municipais, para a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da*

administração indireta. O estabelecimento, em Lei Orgânica, do mecanismo da solicitação de informações e documentos pela Câmara Municipal aos órgãos do Poder Executivo insere-se nas atribuições de controle do Poder Legislativo e assegura-lhe o exercício do seu poder-dever, orientado pelo princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. ***Julgada improcedente****.* [**ADI 1.0000.07.466711-4/000**, rel. des. ALMEIDA MELO – **Grifei**.]

A parte ora requerente **invoca**, *como fundamento de seu pleito*, **as seguintes razões**:

(...) ***propôs ação direta de inconstitucionalidade*** *em face da Câmara Municipal de Caxambu, por meio da qual se questiona a constitucionalidade do art. 34, § 1º, e art. 74, XVIII, ambos da Lei Orgânica municipal, que estabelecem o prazo de 15 (quinze) dias para que o chefe do Executivo forneça informações – qualquer uma – ou encaminhem documentos – qualquer um – porventura solicitados pelos edis.*

1.2. Em breve síntese*, sustentou que os preceitos legais impugnados ofenderiam o princípio da independência e harmonia entre os Poderes disposto nos arts. 6º e 173 da Constituição mineira, que são inescapáveis reproduções do art. 2º da Constituição da República de 1988, uma vez que a fiscalização realizada pelo Legislativo municipal sobre o Executivo deve-se ater aos limites estabelecidos na Constituição, sendo, portanto, vedada a subjugação de um poder ao outro.*

1.3. A despeito da evidente inconstitucionalidade*, a Corte Superior do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou improcedente a representação, sob três fundamentos:*

a*) afastou a violação ao princípio da separação dos poderes, ao argumento de que as normas impugnadas descreveriam nada mais do que o controle político que o Legislativo exerce sobre os atos do Executivo, o qual seria instituto distinto da fiscalização orçamentária e financeira realizada anualmente pelos Tribunais de Contas.*

b*) afirmou que os preceitos legais questionados guardariam consonância com o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos.*

c*) concluiu que 'não há violação à sistemática do controle externo do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, como a quebra do princípio de separação dos poderes, pois não estão sendo instituídos novos mecanismos de fiscalização com devassa do Executivo'.*

1.4. Em se considerando que *o Tribunal de origem não promoveu ao necessário cotejo entre o princípio da independência e harmonia entre os Poderes e o princípio da publicidade dos atos administrativos, e que os dispositivos que consagram o princípio da separação dos Poderes na Constituição mineira (arts. 6 e 173) são inescapáveis reproduções do texto do art. 2º da Constituição da República de 1988, o requerente interpôs tempestivo recurso extraordinário que fora admitido na origem e distribuído a V. Exa.*

1.5. Com isso pretende-se que *a interpretação da norma constitucional estadual seja adequada ao sentido e ao alcance na norma constitucional federal reproduzida, em conformidade com a orientação jurisprudencial do Excelso Supremo Tribunal Federal.* ***[Grifei.]***

Sendo esse o contexto, *passo ao exame* do pleito cautelar.

Como se sabe, **a concessão** de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando requerida** *na perspectiva* de recurso extraordinário interposto pela parte interessada, **supõe**, *para legitimar-se*, **a conjugação necessária dos seguintes** requisitos: (**a**) *que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar* do Supremo Tribunal Federal (**existência** de juízo **positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário, **consubstanciado** em decisão proferida pelo presidente do Tribunal de origem **ou resultante** do provimento do recurso de agravo), (**b**) *que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual*, caracterizada, **dentre outras**, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional **e** da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (**c**) *que a postulação de direito material* deduzida pela parte recorrente **tenha** plausibilidade jurídica **e** (**d**) *que se demonstre*, objetivamente, **a ocorrência** de situação configuradora do "*periculum in mora*" (**RTJ 174/437-438**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Assentadas tais premissas, **cabe** verificar, *agora*, **se** a fundamentação jurídica **em que se apoia** a pretensão deduzida pela parte requerente **ajusta-se**, ou não, aos pressupostos autorizadores da concessão da tutela cautelar postulada nesta sede processual.

Entendo, em juízo *de estrita* delibação, que a postulação cautelar deduzida na presente sede processual *revela-se inacolhível*, **eis** que o ora requerente, **autor** da ação direta de inconstitucionalidade **perante** o Tribunal de Justiça local, **somente** fez instaurar esse processo de controle normativo abstrato em 11-12-2007, **não obstante** a lei impugnada houvesse sido promulgada **em 17-3-1990**.

Cumpre relembrar, *bem por isso*, **a jurisprudência** desta Corte, **no sentido** de que "***O tardio*** *ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade,* ***quando já decorrido*** *lapso temporal considerável* ***desde*** *a edição do ato normativo impugnado,* ***desautoriza*** *(...)* ***o reconhecimento*** *da situação configuradora do '****periculum in mora****',* ***o que inviabiliza*** *a concessão da medida cautelar postulada*" (**RTJ 152/692**, rel. min. CELSO DE MELLO).

Mesmo que se pudesse superar **esse aspecto** da questão, *ainda assim* **não** se revelaria acolhível o pleito cautelar ora em exame.

É que as regras legais em questão, **mantidas**, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **em sede** de fiscalização normativa abstrata, **veiculam** conteúdo material **que se ajusta** à orientação que o Supremo Tribunal Federal **firmou** no tema em causa.

Com efeito, esta Suprema Corte **reconhece**, ao Legislativo, **em qualquer** dos níveis da Federação, **a titularidade** do poder de controle sobre os atos do Executivo, **enfatizando** que a atividade de fiscalização parlamentar **permite**, *ao órgão dela incumbido* (**como sucede** com as Câmaras Municipais), **o acesso** *a diversos* instrumentos viabilizadores do desempenho **dessa especial** prerrogativa de ordem institucional, **como** o poder de requisição de informações, **que legitima** a solicitação de esclarecimentos dirigida ao próprio Poder Executivo.

Daí o correto julgamento do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **que decidiu** que as normas legais em questão, "***estruturadas** na Lei Orgânica, **não violam** a separação de poderes (...)*", **pois** o ordenamento constitucional brasileiro **estabelece**, *em favor* da instituição legislativa, **mecanismos** destinados **a conferir** concreção ao "*controle político que o Poder Legislativo deve exercer sobre os atos de administração praticados pelo Poder Executivo*" (**grifei**).

É importante ter presente que o Parlamento, nas três instâncias de poder **em que se pluraliza** o Estado Federal, **recebeu**, *dos cidadãos*, **não só o poder** de representação política **e a competência** para legislar, **mas**, *também*, **o mandato para fiscalizar** os órgãos e agentes do Poder Executivo, **desde** que respeitados os limites materiais **e** as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal.

O Poder Legislativo, em qualquer dos níveis de governo da Federação, **ao desempenhar** a sua *tríplice* função – *a de representar* o Povo, *a de formular* a legislação *e a de controlar* as instâncias governamentais de poder – **jamais** poderá ser acoimado de transgressor da ordem constitucional, **pois**, *na realidade*, **estará exercendo**, *com plena legitimidade*, **os graves encargos** que lhe conferiu a cidadania.

O exame dessa questão **impõe** algumas considerações prévias **em torno** da alta missão institucional de que se acha investido, em nosso sistema constitucional, o Poder Legislativo, **tanto** o da União **quanto** o dos Estados-membros, o do Distrito Federal **e**, *também*, **o dos Municípios**.

Vê-se, *portanto*, que, **dentre** as funções constitucionais **inerentes** ao Poder Legislativo, **como** órgão da soberania estatal **e** delegado da vontade popular, **avulta**, por sua significativa importância, **a atribuição de fiscalizar** os órgãos **e** agentes do Estado.

Como se sabe, **os meios** de que se vale o Poder Legislativo, **para exercer as atribuições de fiscalização** que lhe são próprias, **correspondem**, *basicamente*, em nosso ordenamento jurídico, **a três instrumentos** de extração constitucional: (**a**) *a interpelação parlamentar*, (**b**) *o pedido de informações* **e** (**c**) *o inquérito parlamentar.*

A interpelação parlamentar decorre da prerrogativa **de provocar o comparecimento** de Ministros e Secretários de Estado (**ou** de Secretários Municipais, *onde houver*) perante as Casas Legislativas **ou** qualquer de suas comissões.

Outro meio de investigação, **igualmente** valioso, **apoia-se nos pedidos de informação** dirigidos ao Poder Executivo, *inclusive ao seu chefe*, **sobre** fato relacionado com matéria legislativa em trâmite **ou** sujeito à fiscalização do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa **e**, *ainda*, das Câmaras Municipais.

O direito de investigar, *por sua vez* – que a Constituição da República **atribuiu** ao Poder Legislativo (art. 58, **§ 3º**) –, tem, *no inquérito parlamentar*, o instrumento *mais expressivo* de concretização desse *relevantíssimo* encargo

constitucional, **consistente** no desempenho, **pela instância legislativa**, do seu essencial poder de controle.

O que **não** se revelaria lícito à Câmara de Vereadores, *contudo*, **seria impor**, *ao prefeito municipal*, **o dever** de comparecimento à própria Câmara local, **sob pena** de semelhante regra, **se** *eventualmente inscrita* na Lei Orgânica do Município (o que **não** ocorre na espécie), **transgredir** o postulado da separação de poderes.

É que tal prescrição normativa **exporia** o chefe do Executivo **a um estado** *de submissão institucional* ao Poder Legislativo municipal, **sem guardar qualquer correspondência** com o modelo positivado **na própria** Constituição da República.

À semelhança do presidente da República **e** do governador do Estado, **que não podem ser constrangidos** a comparecer **perante** órgãos parlamentares, **também o prefeito** do Município **não se submete – em obséquio** ao postulado da divisão funcional do poder – **ao dever de apresentar-se**, *compulsoriamente*, **mediante** convocação do Legislativo local, **à Câmara de Vereadores**, **como esta Corte** já teve o ensejo de decidir (**ADI 687/PA**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**).

Sendo assim, *em face das razões expostas*, **e** por **não** vislumbrar configurada, *na espécie*, a plausibilidade jurídica da postulação **formulada** pelo sr. prefeito do Município de Caxambu/MG, **nego seguimento** à presente "*medida cautelar inominada*", **restando prejudicado**, em consequência, **o exame** do pedido de medida liminar.

Arquivem-se estes autos.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2011 — Celso de Mello, relator.

———

MANDADO DE INJUNÇÃO 3.322 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Impetrante: Sindicato dos Servidores Públicos Federais da Justiça do Trabalho da 15ª Região – SINDIQUINZE — Impetrados: Presidente da República, Câmara dos Deputados e presidente do Senado Federal

Mandado de injunção coletivo. Legitimidade da utilização, por entidades de classe e/ou organismos sindicais, de referida ação constitucional. Doutrina. Precedentes (*RTJ* 166/751-752, *v.g.*). Servidor público portador de deficiência. Direito público subjetivo a aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º, I). Injusta frustração desse direito em decorrência de inconstitucional, prolongada e lesiva omissão imputável a órgãos estatais da União Federal. Correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação. Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da Constituição escrita. A inércia do poder público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela Constituição. Omissões normativas inconstitucionais: uma prática governamental que só faz revelar o desprezo das instituições oficiais pela autoridade suprema da lei fundamental do Estado. A colmatação jurisdicional de omissões inconstitucionais: um gesto de fidelidade à supremacia hierárquico-normativa da Constituição da República. A vocação protetiva do mandado de injunção. Legitimidade dos processos de integração normativa (dentre eles, o recurso a analogia) como forma de suplementação da "*inertia agendi vel deliberandi*". Precedentes do STF. Reconhecimento, em decisões específicas do Supremo Tribunal Federal, do direito subjetivo do servidor público portador de deficiência a aposentadoria especial (MI 1.613/DF, rel. min. Eros Grau – MI 1.737/DF, rel. min. Ellen Gracie – MI 1.967/DF, rel. min. Celso de Mello). Mandado de injunção coletivo conhecido e deferido, em parte.

Decisão: **Registro**, *preliminarmente*, que o Supremo Tribunal Federal, **apreciando questão de ordem** suscitada, em sessão plenária, **no MI 795/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, **reconheceu assistir**, ao relator da causa, **competência** para julgar, *monocraticamente*, em caráter definitivo, **os mandados de injunção que objetivem garantir**, *a quem os houver impetrado*, **o direito à aposentadoria especial** a que se refere o art. 40, **§ 4º**, da Constituição da República.

O caso em exame **ajusta-se** aos pressupostos, que, **estabelecidos** na questão de ordem ora referida, **legitimam a atuação monocrática** do relator da causa, **razão pela qual passo a analisar**, *singularmente*, **a presente** impetração injuncional.

Trata-se de mandado de injunção *que objetiva* a colmatação *de alegada* omissão estatal **no adimplemento** de prestação legislativa **determinada** no art. 40, **§ 4º**, da Constituição da República.

A entidade sindical ora impetrante *enfatiza* o caráter lesivo **da omissão imputada** ao senhor presidente da República **e** ao Congresso Nacional, *assinalando* que a lacuna normativa existente, **passível** de integração **mediante** edição **da faltante** lei complementar, *tem inviabilizado* o acesso dos servidores públicos federais **componentes** da categoria profissional que representa **ao benefício** da aposentadoria especial.

O senhor presidente da República – autoridade impetrada – **encaminhou informações** prestadas pela douta Advocacia-Geral da União, **propugnando pela denegação** deste mandado de injunção.

Cabe reconhecer, *desde logo*, **a possibilidade** jurídico-processual de utilização do mandado de injunção **coletivo**.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **firmou-se** no sentido **de admitir** o ajuizamento **da ação injuncional coletiva** por parte de organizações sindicais **e** entidades de classe.

Esse entendimento jurisprudencial, **adotado** a partir do julgamento **do MI 342/SP**, rel. min. MOREIRA ALVES, **e do MI 361/RJ**, rel. p/ o ac. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **foi ratificado pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ocasião** em que se deixou assentada a seguinte diretriz:

> ***A jurisprudência*** *do Supremo Tribunal Federal* ***firmou-se*** *no sentido* ***de admitir*** *a utilização, pelos organismos sindicais* ***e*** *pelas entidades de classe,* ***do mandado de injunção coletivo****, com a finalidade* ***de viabilizar****,* ***em favor*** *dos membros* ***ou*** *associados dessas instituições,* ***o exercício*** *de direitos* ***assegurados*** *pela Constituição.* [**RTJ 166/751-752**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal **prestigia**, *desse modo*, **a doutrina** que considera irrelevante, **para efeito** de justificar a admissibilidade **da ação injuncional coletiva**, a circunstância **de inexistir** previsão constitucional a respeito (MARCELO FIGUEIREDO, "**O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão**", p. 72, 1991, RT; FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, "**Mandado de Injunção**", p. 97/98, 1993, RT; WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA, "**Notas sobre o Mandado de Injunção**", "*in*" "Mandados de Segurança e de Injunção", p. 410, 1990, Saraiva; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, "**Mandado de Injunção**", p. 77, 1988, Paumape; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 403, 9. ed./3. tir., 1993, Malheiros, *v.g.*).

Cumpre admitir, *em consequência*, **a possibilidade** de utilização, *em nosso sistema jurídico-processual*, do mandado de injunção **coletivo**.

Revela-se viável, *portanto*, **quer** à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **quer** em face do magistério doutrinário, **a utilização** do

mandado de injunção **coletivo**, **quando** impetrado o "*writ*" por organização sindical **ou** por entidade de classe, *como sucede na espécie*.

Sendo esse o contexto, *cabe verificar* **se** se revela **admissível**, ou não, *no caso*, **o remédio constitucional** do mandado de injunção.

Como se sabe, o "*writ*" injuncional **tem por função processual específica viabilizar** o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas *diretamente outorgados* **pela própria Constituição da República**, *em ordem a impedir que a inércia* do legislador comum **frustre** a eficácia de situações subjetivas de vantagem **reconhecidas** pelo próprio texto constitucional.

Na realidade, **o retardamento abusivo** na regulamentação legislativa do texto constitucional **qualifica-se – presente** o contexto temporal em causa – **como requisito autorizador** do ajuizamento da ação de mandado de injunção (**RTJ 158/375**, rel. p/ o acórdão min. SEPÚLVEDA PERTENCE), pois, **sem que se configure** esse estado de mora legislativa – *caracterizado pela superação excessiva* de prazo razoável –, **não haverá como reconhecer-se ocorrente**, *na espécie*, **o próprio** interesse de agir em sede injuncional, *como esta Suprema Corte tem advertido* **em sucessivas decisões**:

> ***MANDADO DE INJUNÇÃO***. *(...)* ***PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS*** *DO MANDADO DE INJUNÇÃO (**RTJ** 131/963 – **RTJ** 186/20-21).* ***DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR*** *(**RTJ** 183/818-819).* ***NECESSIDADE*** *DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (**RTJ** 180/442).* ***CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO*** *DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE:* ***SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL*** *(**RTJ** 158/375).* (...). [**MI 715/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 378, de 2005.]

Essa omissão inconstitucional, **derivada do inaceitável inadimplemento** do dever estatal de emanar regramentos normativos – **encargo jurídico** *que não foi cumprido* na espécie –, **encontra**, neste "*writ*" injuncional, **um poderoso fator de neutralização** da inércia legiferante **e** da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção, *desse modo*, **deve traduzir** *significativa reação jurisdicional* **autorizada** pela Carta Política, que, **nesse** "*writ*" processual, **forjou** o instrumento destinado **a impedir o desprestígio** da própria Constituição, *consideradas as graves consequências* que decorrem **do desrespeito** ao texto da Lei Fundamental, *seja* por ação do Estado, *seja*, como no caso, **por omissão** – *e prolongada inércia* – do poder público.

Isso significa, *portanto*, **que o mandado de injunção** deve ser visto **e** qualificado **como instrumento de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas**, *em sua eficácia*, **pela inaceitável omissão** do poder público, **impedindo-se**, *desse modo*, **que se degrade**, a Constituição, **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** *à vontade ordinária* do legislador comum.

Na verdade, o mandado de injunção **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos**

constitucionais revestidos de eficácia limitada, **cuja incidência – necessária** ao exercício efetivo de determinados direitos neles **diretamente** fundados – **depende**, *essencialmente*, **da intervenção concretizadora do legislador**.

É preciso ter presente, *pois*, **que o direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, **quando também existir** – *simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional* – **a previsão do dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa**, *portanto*, **que o direito individual** à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito *de exclusiva* determinação constitucional, **uma obrigação jurídica indeclinável imposta** ao poder público, *consoante adverte* o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**MI 633/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Desse modo, e para que possa atuar a norma **pertinente** ao instituto do mandado de injuncao, *revela-se essencial* que se estabeleça *a necessária correlação* **entre** *a imposição constitucional de legislar*, de um lado, *e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação*, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional **de emanar** provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional (**MI 463/MG**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 542/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 642/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO).

O exame dos elementos constantes **deste** processo, *no entanto*, **evidencia que existe**, *na espécie*, o **necessário** vinculo de causalidade **entre** *o direito subjetivo à legislação*, **invocado** pela parte impetrante, **e** *o dever do poder público de editar a lei complementar* **a que alude** o art. 40, **§ 4º**, da Carta da República, **em contexto** que torna plenamente **admissível** a utilização do "*writ*" injuncional.

Passo, *desse modo*, **a analisar** a pretensão injuncional em causa.

Cumpre assinalar, *nesse contexto*, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** ação injuncional em que **também** se pretendia a concessão de aposentadoria especial, *não só reconheceu a mora* do presidente da República ("*mora agendi*") *na apresentação* de projeto de lei **dispondo** sobre a regulamentação do art. 40, **§ 4º**, da Constituição, **como**, *ainda*, *determinou a aplicação analógica* do art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991, *com o objetivo de colmatar* a lacuna normativa existente:

> *(...)* ***APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente*** *a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor,* ***impõe-se a adoção****, via pronunciamento judicial,* ***daquela própria*** *aos trabalhadores em geral – art. 57,* ***§ 1º****, da Lei 8.213/1991.* [**MI 721/DF**, rel. min. MARCO AURÉLIO, **Pleno – Grifei**.]

O caso ora em exame *também versa* situação **prevista no § 4º** do art. 40 da Constituição, **cujo inciso I** trata da aposentadoria especial **reconhecida** a

servidores públicos **que sejam** "*portadores de deficiência*" **e que igualmente sofrem**, *à semelhança* dos servidores públicos **que exercem** atividades reputadas insalubres **ou** perigosas, as **mesmas** consequências **lesivas** *decorrentes* da omissão normativa **que já se prolonga** *de maneira irrazoável*.

Tenho para mim, *presente esse contexto*, que a situação exposta **não obsta** a concessão do "*writ*" injuncional, **eis que**, *também nessa hipótese* (*vale dizer*, na hipótese de o agente estatal ser, *ele próprio*, portador de deficiência), **persiste a mora** na regulamentação legislativa da aposentadoria especial, **o que torna aplicáveis**, *segundo entendo*, *por identidade de razões*, **os precedentes** estabelecidos **por esta** Suprema Corte.

Esse entendimento, *que também adoto* (**MI 1.967/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO) – *segundo o qual* **é lícito** aplicar-se, *por analogia*, **o art. 57** da Lei 8.213/1991, a servidor público **portador** de deficiência –, *foi inteiramente acolhido* pelo eminente ministro EROS GRAU (**MI 1.613/DF**) **e** pela eminente ministra ELLEN GRACIE (**MI 1.737/DF**), *valendo reproduzir*, no ponto, **fragmento** da seguinte decisão:

> ***Trata-se*** *de mandado de injunção coletivo* ***no qual se pretende assegurar*** *o exercício do direito* ***de aposentadoria especial*** *ante a* ***inexistência*** *de regulamentação do art. 40,* ***§ 4º****, da Constituição Federal,* ***que autoriza*** *a fixação de um regime diferenciado de aposentação* ***em favor dos servidores públicos portadores de deficiência ou*** *que exerçam atividades arriscadas* ***ou*** *prejudiciais à saúde e à integridade física.*
>
> *2.* ***A matéria em debate*** *passou por uma recente evolução jurisprudencial* ***e está****, com base nessa nova orientação,* ***integralmente equacionada*** *pelo Plenário desta Suprema Corte.*
>
> ***Na sessão*** *de 30-8-2007,* ***o Plenário*** *desta Casa,* ***por ocasião*** *do julgamento do MI 721, rel. min. Marco Aurélio,* ***reconheceu presentes*** *no texto do art. 40,* ***§ 4º****, da Carta Magna* ***tanto*** *o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos* ***nele referidos****,* ***como*** *o dever estatal de regulamentação desse mesmo direito.*
>
> ***Decidiu*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***naquela assentada****, que,* ***diante*** *da incontestável mora legislativa,* ***a eficácia*** *da referida norma constitucional* ***e a garantia*** *do exercício do direito nela proclamado* ***deveriam ser alcançadas*** *por meio da aplicação integrativa, no que couber,* ***do art. 57*** *da Lei 8.213, de 24-7-1991,* ***que dispõe*** *sobre os requisitos* ***e*** *condições para a obtenção de aposentadoria especial pelos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social sujeitos a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. (...).*
>
> (...)
>
> ***Ratificado****, nos mesmos termos,* ***o referido entendimento*** *em 1º-7-2008,* ***por ocasião*** *do julgamento plenário do MI 758, rel. min. Marco Aurélio, DJE de 26-9-2008,* ***sobreveio****, em 15-4-2009,* ***o julgamento*** *dos MI 788* ***e*** *795,* ***de que foram relatores****, respectivamente, os eminentes ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.*
>
> (...)
>
> ***3. Ante todo o exposto****,* ***com base*** *nos precedentes citados* ***e na autorização*** *especificamente conferida pelo Plenário desta Casa de apreciação monocrática dos casos idênticos àquele veiculado no MI 795 (DJE de 22-5-2009),* ***concedo a ordem injuncional*** *para,* ***declarando*** *a mora legislativa* ***na regulamentação*** *do*

art. 40, § 4º, da Carta Magna, ***assegurar*** *aos servidores públicos estaduais filiados ao impetrante* ***o direito*** *de ter os seus pedidos administrativos de aposentadoria especial* ***concretamente analisados*** *pela autoridade competente,* ***mediante a aplicação integrativa do art. 57*** *da Lei Federal 8.213/1991.* [**MI 1.737/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Registro, *ainda*, que o Supremo Tribunal Federal, em **sucessivas** decisões, *vem reafirmando* essa orientação (**MI 758/DF**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **MI 796/DF**, rel. min. AYRES BRITTO – **MI 809/SP**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 824/DF**, rel. min. EROS GRAU – **MI 834/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **MI 874/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 912/DF**, rel. min. CEZAR PELUSO – **MI 970/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **MI 1.001/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 1.059/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **garantindo**, *em consequência*, aos servidores públicos **que se enquadrem** nas hipóteses **previstas** no **§ 4º** do art. 40 da Constituição, *o direito à aposentadoria especial*:

> ***DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.***
>
> ***1. Ante a prolongada mora legislativa****, no tocante à edição da lei complementar reclamada* ***pela parte final do § 4º*** *do art. 40 da Magna Carta,* ***impõe-se*** *ao caso a aplicação das normas correlatas previstas* ***no art. 57*** *da Lei 8.213/1991,* ***em sede*** *de processo administrativo.*
>
> ***2. Precedente****: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio.* ***3.*** *Mandado de injunção* ***deferido*** *nesses termos.* [**MI 788/DF**, rel. min. AYRES BRITTO – **Grifei**.]

> ***MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA.***
>
> ***1. Servidor público. Investigador da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício*** *de atividade* ***sob condições*** *de periculosidade e insalubridade.*
>
> ***2. Reconhecida a omissão legislativa*** *em razão da ausência de lei complementar* ***a definir*** *as condições para o implemento da aposentadoria especial.*
>
> ***3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar*** *a mora à autoridade competente* ***e determinar*** *a aplicação,* ***no que couber****, do art. 57 da Lei 8.213/1991.* [**MI 795/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Grifei**.]

Vale referir, em face da pertinência de que se reveste, **fragmento da decisão** que o eminente ministro EROS GRAU **proferiu** no julgamento do **MI 1.034/DF**, de que foi relator:

> ***31. O Poder Judiciário****, no mandado de injunção,* ***produz norma. Interpreta o direito****, na sua totalidade,* ***para produzir a norma de decisão aplicável à***

***omissão. É inevitável**, porém, no caso, **seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora** ao ordenamento jurídico, **a ser interpretado/aplicado**. **Dá-se**, aqui, **algo semelhante** ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, **editada**, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.*

(...)

***34. A este Tribunal incumbirá** – permito-me repetir – **se concedida** a injunção, **remover o obstáculo decorrente da omissão**, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, **norma enunciada** como texto normativo, **logo sujeito** a interpretação pelo seu aplicador.*

***35. No caso**, o impetrante **solicita** seja julgada procedente a ação **e**, declarada a omissão do Poder Legislativo, **determinada a supressão** da lacuna legislativa **mediante** a regulamentação do art. 40, **§ 4º**, da Constituição do Brasil, **que dispõe** a propósito da aposentadoria especial de servidores públicos.*

(...)

***37. No mandado de injunção**, o Poder Judiciário **não define** norma de decisão, **mas enuncia** a norma regulamentadora **que faltava para**, no caso, **tornar viável** o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial.*

***38. Na sessão** do dia 15 de abril passado, **seguindo a nova** orientação jurisprudencial, **o Tribunal julgou procedente** pedido **formulado no MI 795**, relatora a ministra CÁRMEN LÚCIA, **reconhecendo** a mora legislativa. **Decidiu-se** no sentido **de suprir a falta** da norma regulamentadora **disposta** no art. 40, **§ 4º**, da Constituição do Brasil, **aplicando-se** à hipótese, **no que couber**, o disposto **no art. 57** da Lei 8.213/1991, **atendidos** os requisitos legais. **Foram citados**, no julgamento, nesse **mesmo** sentido, **os seguintes precedentes: o MI 670**, **DJE** de 31-10-2008; **o MI 708**, **DJE** de 31-10-2008; **o MI 712**, **DJE** de 31-10-2008; e **o MI 715**, **DJU** de 4-3-2005.* [**Grifei**.]

A constatação objetiva de que se registra, *na espécie*, **hipótese** de *mora inconstitucional*, **apta a instaurar** situação *de injusta omissão* **geradora** *de manifesta lesividade* a posição jurídica **dos beneficiários** da cláusula constitucional *inadimplida* (**CF**, art. 40, § 4º), **justifica**, *plenamente*, **a intervenção** do Poder Judiciário, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido *que a inércia* dos órgãos estatais ora impetrados, **evidenciadora** de comportamento *manifestamente* inconstitucional, **possa ser** *paradoxalmente* **invocada**, *pelo próprio* poder público, *para frustrar*, de modo injusto (**e**, *portanto*, inaceitável), **o exercício** de direito expressamente **assegurado** pela Constituição.

Admitir-se tal situação *equivaleria* **a legitimar** a fraude a Constituição, **pois**, *em última análise*, **estar-se-ia a sustentar** a impossibilidade de o Judiciário, **não obstante** agindo em sede injuncional (**CF**, art. 5º, LXXI), **proceder** a colmatação de uma omissão *flagrantemente* inconstitucional.

Isso significa *que não se pode* identificar, **na própria** inércia estatal, **a existência** de fator exculpatório (*e pretensamente* legitimador) do *inadimplemento* **de uma grave** obrigação constitucional.

Cabe rememorar, bem por isso, *neste ponto*, que o poder público *também transgride* a autoridade superior da Constituição *quando deixa de fazer* aquilo **que ela determina**.

Em contexto como o que resulta **destes** autos, **a colmatação** *de omissões inconstitucionais* **nada mais revela** *senão* um gesto de respeito **que esta** Alta Corte **manifesta** pela *autoridade suprema* da Constituição da República.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor* extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional (*como aquela* que deriva do art. 40, **§ 4º**, da Carta Política) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o poder público *também desrespeita* a Constituição, *também ofende* direitos que nela se fundam *e também impede*, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, *a própria aplicabilidade* dos postulados da Lei Fundamental, *tal como tem advertido* o Supremo Tribunal Federal:

> ***DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO***.
>
> *– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do poder público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facere**" ou "**non praestare**", resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo poder público.* (...). [**ADI 1.458-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Vê-se, pois, que, *na tipologia* **das situações inconstitucionais**, inclui-se, *também*, aquela que deriva do descumprimento, *por inércia estatal*, de norma impositiva **de determinado** comportamento **atribuído** ao poder público **pela própria** Constituição.

As situações configuradoras **de omissão inconstitucional** – *ainda que se cuide de omissão parcial* derivada **da insuficiente concretização**, pelo poder público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem** comportamento estatal *que deve ser repelido*, **pois a inércia** do Estado qualifica-se, *perigosamente*, como um dos processos *deformadores* **da Constituição**, **expondo-se**, *por isso mesmo*, **à censura** do magistério doutrinário (Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 230/232, item 5, 1986, Max Limonad; Jorge Miranda, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II/406 e 409, 2. ed., 1988, Coimbra Editora;

J. J. Gomes Canotilho **e** Vital Moreira, "**Fundamentos da Constituição**", p. 46, item 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: *a inércia estatal em tornar efetivas* as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** *sentimento de desapreço* pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, *então*, **de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade **e** das consequências lesivas **derivadas** *do gesto infiel* do poder público **que transgride**, *por omissão* **ou** *por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário **por efeito** de expressa determinação constitucional **foi revelada**, entre nós, *já no período monárquico*, **em lúcido magistério**, por PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos, **em lições que acentuam** *o desvalor jurídico* **do comportamento estatal omissivo** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item 4, 3. ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1**, **de 1969**", tomo I/15-16, 2. ed., 1970, RT, *v.g.*).

O desprestígio da Constituição – *por inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa** um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, **pois** reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, *feita* por Karl Loewenstein ("**Teoria de La Constitución**", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta** *o fenômeno da erosão da consciência constitucional*, **motivado** pela instauração, no âmbito do Estado, *de um preocupante processo de desvalorização funcional* da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos**, *como resulta* da seguinte decisão, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA).***
>
> *– **O desrespeito à Constituição tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do poder público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite**, **seja**, ainda, quando*

*vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.*

*– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facere**" ou "**non praestare**", resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo poder público). **Entendimento** prevalecente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, rel. min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).*

*– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o poder público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por **ausência** (**ou insuficiência**) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

*– O poder público – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, **o dever de legislar**, imposto em cláusula constitucional, **de caráter mandatório –** infringe, **com esse comportamento negativo**, a própria integridade da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, o **preocupante** fenômeno da **erosão da consciência constitucional** (**ADI 1.484/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO).*

*– **A inércia estatal** em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, então, de **apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.*

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

*– **O direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, quando **também** existir – **simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional** – a previsão do **dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa** que o direito individual à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito de **exclusiva** determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável **imposta** ao poder público. **Para que possa atuar** a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se **essencial** que se estabeleça a **necessária correlação** entre a **imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação**, de outro, **de tal forma***

que, ***ausente*** *a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos,* ***não se tornará possível*** *imputar comportamento moroso ao Estado,* ***nem pretender*** *acesso legítimo à via injuncional.* ***Precedentes****. (...).* [**RTJ 183/818-819**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, **ao colmatar** uma evidente (**e lesiva**) *omissão inconstitucional* do aparelho de Estado *estar-se-ia* transformando em *anômalo legislador.*

É que, *ao suprir* lacunas normativa **provocadas** *por injustificável inércia* do Estado, **esta Suprema Corte** *nada mais faz* **senão** desempenhar o papel **que lhe foi outorgado** *pela própria* Constituição da República, **valendo-se**, *para tanto*, de instrumento que, **concebido** pela Assembleia Nacional Constituinte, **foi por ela instituído** *com a precípua finalidade* **de impedir** *que a inércia governamental*, **como a que se registra** no caso ora em exame, *culminasse* **por degradar** a autoridade **e** a supremacia da Lei Fundamental.

Daí a jurisprudência que se formou **no âmbito** desta Corte, **a partir** do julgamento plenário **do MI** 708/DF, rel. min. GILMAR MENDES, **e do MI** 712/PA, rel. min. EROS GRAU, **no sentido de restaurar**, em sua dimensão integral, *a vocação protetiva* do remédio constitucional do mandado de injunção, cuja utilização **permite**, ao Supremo Tribunal Federal, **colmatar**, *de modo inteiramente legítimo*, mediante processos de integração normativa, **como**, *p. ex.*, **o recurso à analogia**, as omissões que venha, *eventualmente*, a constatar.

E é, *precisamente*, **o que esta Suprema Corte tem realizado** *em inúmeros* processos injuncionais, **nos quais** *vem garantindo*, **aos destinatários** da regra inscrita **no § 4º** do art. 40 da Constituição, *o acesso* **e** *a plena fruição* do benefício da aposentadoria especial.

Cumpre ressaltar, *finalmente*, **na linha** do que se vem expondo, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, *em diversos precedentes firmados* sobre essa *mesma* questão (**MI 1.115-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 1.125-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **MI 1.189-AgR/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, *v.g.*), *tem salientado – uma vez promovida* a integração normativa *necessária* ao exercício de direito **pendente** de disciplinação normativa – **que se exaure**, *nesse ato*, a função jurídico-constitucional **para a qual** foi concebido (**e** instituído) o remédio constitucional do mandado de injunção, *como se vê* de decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **que esclarece**, em tema de aposentadoria especial (**CF**, art. 40, § 4º), **aquilo** que se inclui, *no plano administrativo*, **na esfera de atribuições** da autoridade competente:

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.***

1. A autoridade administrativa *responsável pelo exame do pedido de aposentadoria* ***é competente para aferir, no caso concreto****, o preenchimento* ***de todos*** *os requisitos para a aposentação* ***previstos*** *no ordenamento jurídico vigente.*

2. Agravo regimental *ao qual se nega provimento.* [**MI 1.286-ED/DF**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, **Pleno** – **Grifei**.]

Isso significa, *portanto*, **que não cabe indicar**, *nesta sede injuncional*, **como** reiteradamente acentuado **por esta** Suprema Corte (**MI 1.312/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MI 1.316/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **MI 1.451/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE, *v.g.*), "***a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos*** *que deverão ser observados* ***na análise*** *dos pedidos concretos de aposentadoria especial,* ***tarefa que caberá, exclusivamente, à autoridade administrativa competente*** *ao se valer do que previsto* ***no art. 57*** *da Lei 8.213/1991* ***e nas demais*** *normas de aposentação dos servidores públicos*" (**MI 1.277/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**).

Sendo assim, em face das razões expostas, **concedo**, *em parte*, a ordem injuncional, **para**, *reconhecido* o estado de mora legislativa, **garantir**, *a cada integrante* do grupo, classe **ou** categoria, **cuja atividade** *esteja abrangida* pelas finalidades institucionais da entidade impetrante (**Lei 8.038/1990**, art. 24, parágrafo único, **c/c** o art. 22 da Lei 12.016/2009), **o direito** de ter o seu pedido administrativo de aposentadoria especial *concretamente analisado* pela autoridade administrativa competente, **observado**, *para tanto*, **além do que dispõe** o art. 57 da Lei 8.213/1991 (**aplicável**, *por analogia*, **à situação** registrada nesta causa), **também** a diretriz **que esta Corte** firmou no julgamento plenário **do MI** 1.286-ED/DF.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 1º de junho de 2011 — Celso de Mello, relator.

PETIÇÃO 4.892 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Requerente: Moacir Ferreira Ramos — Requerida: Eliana Calmon Alves

Interpelação judicial. Procedimento de natureza cautelar. Medida preparatória de ação penal referente a delitos contra a honra (CP, art. 144). Pedido de explicações ajuizado contra ministra do Superior Tribunal de Justiça, atual corregedora nacional de Justiça. Competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar, como no caso, de pessoa que disponha, perante a Suprema Corte, de prerrogativa de foro nas infrações penais comuns.

– O Supremo Tribunal Federal possui competência originária para processar pedido de explicações formulado com apoio no art. 144 do Código Penal, quando deduzido contra ministro integrante de Tribunal Superior da União, por tratar-se de autoridade que dispõe de prerrogativa de foro "*ratione muneris*" (CF, art. 102, I, "*c*").

– O pedido de explicações, admissível em qualquer das modalidades de crimes contra a honra, constitui típica providência de ordem cautelar destinada a aparelhar ação penal principal tendente a sentença condenatória. O interessado, ao formulá-lo, invoca, em juízo, tutela cautelar penal, visando a que se esclareçam situações revestidas de equivocidade, ambiguidade ou dubiedade, a fim de que se viabilize o exercício eventual de ação penal condenatória.

– A interpelação judicial, sempre facultativa (*RT* 602/368 – *RT* 627/365 – *RT* 752/611 – *RTJ* 142/816), acha-se instrumentalmente vinculada à necessidade de esclarecer situações, frases ou expressões, escritas ou verbais, caracterizadas por sua dubiedade, equivocidade ou ambiguidade.

– O pedido de explicações em juízo submete-se à mesma ordem ritual que é peculiar ao procedimento das notificações avulsas (CPC, art. 867 c/c art. 3º do CPP). Isso significa, portanto, que não caberá, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de interpelação penal, avaliar o conteúdo das explicações dadas pela parte requerida nem examinar a legitimidade jurídica de sua eventual recusa em prestá-las, pois tal matéria compreende-se na esfera do processo penal de conhecimento a ser ulteriormente instaurado.

Doutrina. Precedentes.

Decisão: **Trata-se** de "*pedido de explicações em juízo*" **deduzido**, com fundamento **no art. 144** do Código Penal, **contra** a senhora ministra ELIANA

CALMON ALVES, do Superior Tribunal de Justiça, **atual** corregedora nacional de Justiça.

Pretende-se, com a medida processual ajuizada, que a interpelanda **ofereça explicações necessárias ao esclarecimento** de afirmações, a ela atribuídas, **e que**, *noticiadas* no jornal "*Folha de S. Paulo*" (**caderno** "*Poder*", p. "A6", **edição** de 28-3-2011 – fl. 21), **sob o título** "*Nunca vi coisa tão séria*", **teriam veiculado**, "*de forma dubitativa ou equívoca, com emprego de palavras sensacionalistas e de duplo sentido*", **insinuações** de "*que o Requerente praticou fatos gravíssimos, condenando-o publicamente com visível desprezo ao princípio da não culpabilidade, e até mesmo justificando, de forma velada, a ameaça de morte que certo Juiz Federal ter-lhe-ia endereçado, de vez que não apontou, como seria de rigor, o nome do autor da ameaça de morte*" (fl. 9), **o que poderia configurar**, *em tese*, **segundo sustenta** o próprio interpelante, os crimes de difamação (**CP**, art. 139) **e** de injúria (**CP**, art. 140).

O ora interpelante assim justificou a formulação do presente pedido de explicações (fls. 5/7):

> ***9. De uma rápida leitura*** *destes excertos da entrevista concedida pela Requerida, nota-se que a mesma, primeiramente, deixou a entender que o ora Requerente teria praticado condutas deploráveis, gravíssimas, enquanto Presidente da AJUFER, a ponto de ter sido ameaçado de morte por um colega, cujo nome S. Exa, sintomaticamente, não revelou. Tentou ela passar a ideia, portanto, de que o Requerente teria praticado algo tão grave e difamante como presidente da AJUFER, chegando ao cúmulo de afirmar que um Juiz Federal de nome não revelado prometeu ceifar a sua vida, e, pior, como se isto se tratasse de um fato normal, corriqueiro na magistratura federal.*
>
> ***10. Trata-se de assertiva*** *carregada por forte dose de dubiedade, equivocidade e ambiguidade, na medida em que, primeiramente, a Requerida insinua a prática de graves irregularidades praticadas pelo Requerente, sem que a apuração a cargo do TRF-1 esteja concluída (na verdade, mal começou), no que o estaria difamando pública e nacionalmente pela mídia, e ao depois insinuando que a própria vida do Requerente poderia estar correndo perigo, ao noticiar a ameaça de morte que lhe teria endereçado um juiz federal de identidade não revelada.*
>
> ***11. De modo que****, se a Requerida não esclarecer como chegou ao veredicto condenatório contra o Requerente, de forma pública, antecipada e assaz precipitada, antes de estar concluída qualquer investigação contra ele, e sem revelar o nome do juiz federal que supostamente disse que "(...) ia mandar matar o Dr. Moacir", terá cometido o crime de difamação contra o Requerente.*
>
> ***12. Lado outro****, se a Requerida não esclarecer a dubiedade, a equivocidade e a ambiguidade nas assertivas "Ficam com peninha" dele. "Coitadinho dele". "Não é coitadinho, porque ele fez coisa gravíssima", terá cometido publicamente o crime de injúria contra a pessoa do Requerente, a não ser que nomine quais as pessoas ou autoridades que ficaram "com peninha" dele, que o acharam "coitadinho", sem o ser.*
>
> ***13. Nesse cenário****, surge uma necessária indagação: quem teria ficado com "peninha" do Requerente, quem o teria achado "coitadinho"? Teria sido o eminente Ministro do STF que concedeu a cautelar em seu benefício, afastando*

liminarmente as arbitrariedades da Requerida? Ou teriam sido os dignos Desembargadores Federais do TRF-1 que igualmente entenderam injusto afastar o Requerente sem afastamento dos demais envolvidos no episódio?

***14. Dessa forma**, se a Requerida não explicitar quem teria sentido "peninha" do Requerente, quem o teria achado de "coitadinho" mesmo tendo feito "coisa gravíssima", sujeitar-se-á a responder a uma ação penal também por crime de injúria, na queixa-crime que se seguirá ao presente pedido de explicações em juízo.*

Do cabimento do pedido de explicações e da competência do STF

***15.** (...) **a Requerida**, pretendendo criticar, **ainda** que de forma velada, **uma decisão cautelar do STF** no Mandado de Segurança n. 30171- DF, **alegando** que "o caso caminha para a impunidade disciplinar" **como se fosse possível** em nosso meio a figura da condenação prévia, **lançou insinuações** sobre a pessoa do Requerente **mediante** expressões vagas, imprecisas e carregadas de "dubiedade, equivocidade e ambiguidade" que, se melhor esclarecidas, ou no silêncio de sua autora, poderão configurar os crimes de difamação e injúria contra a pessoa do Requerente, conforme acima demonstrado.* [**Grifei**.]

Presente esse contexto, **impõe-se verificar**, *preliminarmente*, **se assiste**, ou não, competência **a esta** Suprema Corte para processar, ***originariamente***, **este** pedido de explicações.

A notificação, *como se sabe*, **considerada a natureza cautelar de que se reveste**, **deve** processar-se perante o **mesmo** órgão judiciário **que é competente** para julgar **a ação penal principal** *eventualmente ajuizável* **contra o suposto** ofensor.

Essa é a razão pela qual, **tratando-se**, *a interpelanda*, de ministra do E. Superior Tribunal de Justiça, **compete**, ao Supremo Tribunal Federal, **processar**, *originariamente*, **o pedido de explicações**, tal como formulado na espécie (**Pet 1.249-AgR/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Pet 3.668/DF**, rel. min. GILMAR MENDES – **Pet 3.857/BA**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Pet 4.076-AgR/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Pet 4.199/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Pet 4.444-AgR/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PEDIDO DE EXPLICAÇÕES.

*– **A competência penal originária** do Supremo Tribunal Federal, **para processar pedido de explicações** em juízo, **deduzido** com fundamento na Lei de Imprensa (art. 25) **ou com apoio** no Código Penal (art. 144), **somente** se concretizará **quando** o interpelado dispuser, "**ratione muneris**", da prerrogativa de foro, **perante** a Suprema Corte, nas infrações penais comuns (**CF**, art. 102, I, "**b**" e "**c**").* [**RTJ 170/60-61**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Reconhecida, *desse modo*, **a competência originária** desta Suprema Corte, **impende analisar**, *agora*, **a natureza e a destinação** da interpelação judicial em referência, **fundada** no art. 144 do Código Penal.

Cumpre ter em consideração, *neste ponto*, **que o pedido de explicações** – que constitui medida processual *meramente* facultativa, "***de sorte** que quem **se julga ofendido pode**, desde logo, intentar a ação penal privada, dispensando quaisquer explicações, se assim o entender*" (EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "**Direito Penal – Crimes Contra a Pessoa**", p. 260, item 120, 2. ed., 1973, RT; JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código Penal Interpretado**", p. 1138, 5. ed., 2005, Atlas; PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, "**Código Penal Comentado**", p. 442, 8. ed., 2005, DPJ) – **reveste-se** de função instrumental, **cuja destinação jurídica** vincula-se, *unicamente*, ao esclarecimento de situações **impregnadas** de dubiedade, equivocidade **ou** ambiguidade (**CP,** art. 144), **em ordem** a viabilizar, *tais sejam* os esclarecimentos *eventualmente* prestados, **a instauração** de processo penal de conhecimento **tendente** à obtenção de um provimento condenatório, *consoante o reconhece a própria jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal:

> *– **O pedido de explicações constitui típica providência** de ordem cautelar, **destinada a aparelhar ação penal principal**, **tendente a sentença penal condenatória**. O interessado, **ao formulá-lo**, invoca, em juízo, tutela cautelar penal, **visando** a que se esclareçam situações **revestidas de equivocidade**, **ambiguidade ou dubiedade**, a fim de que se viabilize o exercício **futuro** de ação penal condenatória.*
>
> ***A notificação** prevista no Código Penal (art. 144) (...) **traduz mera faculdade** processual, sujeita à discrição do ofendido. **E só se justifica na hipótese de ofensas equívocas**.* [**RTJ 142/816**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, **apreciando** *a função*, *a natureza*, *a eficácia* **e** *as notas* que caracterizam a medida processual **fundada** no art. 144 do Código Penal, **assim se pronunciou**, *fazendo-o* em julgamento *que bem reflete* a diretriz jurisprudencial **prevalecente** na matéria:

> *– **O pedido de explicações** – formulado com suporte no Código Penal (art. 144) (...) – **tem natureza cautelar** (**RTJ** 142/816), **é cabível** em qualquer das modalidades de crimes contra honra, **não obriga** aquele a quem se dirige, **pois** o interpelado **não poderá ser constrangido** a prestar os esclarecimentos solicitados (**RTJ** 107/160), **é processável** perante o **mesmo** órgão judiciário competente para o julgamento da causa penal principal (**RTJ** 159/107 – **RTJ** 170/60-61 – **RT** 709/401), **reveste-se de caráter meramente facultativo** (**RT** 602/368 – **RT** 627/365), **não dispõe** de eficácia interruptiva **ou** suspensiva da prescrição penal **ou** do prazo decadencial (**RTJ** 83/662 – **RTJ** 150/474-475 – **RTJ** 153/78-79), **só se justifica** quando ocorrentes **situações** de equivocidade, ambiguidade **ou** dubiedade (**RT** 694/412 – **RT** 709/401) **e traduz** faculdade processual **sujeita** à discrição do ofendido (**RTJ** 142/816), **o qual poderá**, por isso mesmo, **ajuizar**, desde logo (**RT** 752/611), **a pertinente** ação penal condenatória. **Doutrina**. **Jurisprudência**.* [**Pet 2.740-ED/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Impende assinalar, *agora*, que o pedido de explicações em juízo submete-se à **mesma** ordem ritual **que é peculiar** às notificações avulsas.

Com efeito, **o magistério** da doutrina, *de um lado* (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1324/1325, 11. ed., 2003, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINO FILHO, "**Código**

de Processo Penal Comentado", vol. 2/201, 11. ed., 2008, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Código Penal Comentado**", p. 560, item 15, 6. ed., 2010, Saraiva, *v.g.*), **e a jurisprudência** dos Tribunais, *de outro* (**RT** 467/347 – **RT** 602/350 – **Pet 2.156/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Pet 3.601/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **têm acentuado** que a ordem ritual a ser observada no processamento dos *pedidos de explicações em juízo* **submete-se** à disciplina formal **estabelecida** no art. 867 do CPC **c/c** o art. 3º CPP, **de tal modo** *que bastará*, para tal efeito, **que se determine** a notificação da pessoa *de quem teriam emanado* expressões **ou** frases dúbias, equívocas **ou** ambíguas.

Cumpre registrar, *quanto a essa disciplina procedimental*, **o magistério** de DAMÁSIO E. DE JESUS ("**Código de Processo Penal Anotado**", p. 456, 24. ed., 2010, Saraiva):

> ***O pedido de explicações em Juízo segue o rito processual das notificações avulsas. Requerido**, o juiz **determina** a notificação do autor da frase **para vir explicá-la** em Juízo. **Fornecida** a explicação, **ou**, no caso da recusa, **certificada esta nos autos**, o juiz **simplesmente faz** com que os autos **sejam entregues** ao requerente. **Com eles**, aquele que se sentiu ofendido **pode ingressar** em Juízo **com ação penal** por crime contra a honra **ou requerer** a instauração de inquérito policial. **De notar-se** que o juiz **não julga** a recusa **ou** a natureza das explicações (**RT** 752/627). **Havendo** ação penal, **é na fase** do recebimento da queixa que o juiz, **à vista** das explicações, **irá analisar** a matéria, **recebendo** a peça inicial **ou a rejeitando**, considerando, inclusive, para isso, as explicações dadas pelo pretenso ofensor (...).* [**Grifei**.]

Isso significa, *portanto*, **que não caberá**, ao Supremo Tribunal Federal, **nesta** sede processual, **avaliar** o conteúdo das explicações dadas pela parte requerida **nem examinar** a legitimidade jurídica de sua *eventual* recusa em prestá-las a esta Corte Suprema (**RT** 467/347 – **RT** 602/350 – **Pet 2.156/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Pet 3.601/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **valendo rememorar**, *no ponto*, **a advertência** de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA **sobre** *a natureza e a finalidade* da interpelação penal **fundada** no art. 144 do Código Penal ("**Direito Penal – Crimes Contra a Pessoa**", p. 260/261, item 120, 2. ed., 1973, RT):

> ***Destina-se** ela a esclarecer **ou** positivar **o exato sentido** da manifestação de pensamento do requerido. **É**, portanto, **instituída quer** em favor do requerente **quer** do requerido, **porque poderá poupar** ao primeiro a propositura de ação infundada **e dá** ao segundo oportunidade de esclarecer a sua verdadeira intenção, **dissipando** o equívoco **e evitando** a ação penal injusta. **Tal natureza ou finalidade** da providência **desautoriza** qualquer pronunciamento judicial **prévio** sobre as explicações dadas, **assim como a recusa de dá-las**, por si só, **não induz** a tipificação irremissível do crime. **Nenhuma decisão se profere** nos autos do pedido de explicações, **que serão**, pura e simplesmente, **entregues** ao requerente.* [**Grifei**.]

Acentue-se, *por relevante*, que o despacho judicial **que determina** a notificação **não veicula nem transmite** *qualquer ordem* ao destinatário desse ato processual, **razão pela qual** o notificando **não pode ser compelido** a comparecer

em juízo, **nem constrangido** a prestar esclarecimentos **ou a exibir** documentos, **ou**, *ainda*, **a fazer**, **deixar de fazer ou tolerar** que se faça alguma coisa.

A notificação judicial, *pois*, **ordenada** com fundamento no art. 144 do Código Penal, **não se reveste** de conteúdo cominatório. **Não veicula**, *por tal motivo*, **qualquer determinação judicial** dirigida ao notificando.

Abrem-se, *na realidade*, **ao destinatário** da interpelação penal, *quatro opções possíveis*:

a) poderá, *querendo*, **atender** ao pedido formulado;

b) poderá, *igualmente*, a seu *exclusivo* critério, **abster-se de responder** à notificação efetivada, **deixando escoar**, "*in albis*", o prazo que lhe foi assinado (CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR **e** FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, "**Código Penal Comentado**", p. 520, 8. ed., 2010, Saraiva). **O Supremo Tribunal Federal**, *pronunciando-se a respeito do tema*, **entendeu caracterizada** a ocorrência *de injusta coação* **nos casos** em que a autoridade judiciária **impôs**, *coercitivamente*, ao interpelando, **em caso de recusa**, *o dever de prestar* as explicações em juízo:

> **Crimes contra a honra**. **Pedido de explicação em juízo**. **Recusa do interpelado *em comparecer para prestá-las***. **Constrangimento judicial a prestá-las (Ilegalidade)**. Código Penal*, art. 144 (***exegese***). **1**.* Se o art**.** 144 *do Código Penal* **prevê a hipótese** *de o interpelado* **recusar-se** *a atender ao pedido de explicações em juízo,* **não pode o Juiz constrangê-lo a prestá-las**, *posto que,* **feita** *a notificação* **e realizada** *a audiência, com* ***ou*** *sem o seu comparecimento,* **está exaurida** *a tarefa judicial. 2.* ***A designação*** *de nova audiência* ***para explicações*** *do interpelado* ***constitui*** *constrangimento ilegal, remediável por "habeas corpus". 3. Recurso de "habeas corpus" provido.* [RTJ **107/160**, rel. min. RAFAEL MAYER – **Grifei**.]

c) poderá, *ainda*, **em atenção** ao Poder Judiciário, **comunicar-lhe**, *de modo formal*, **as razões** pelas quais entende **não ter o que responder** ao interpelante; **e**

d) poderá, *finalmente*, **prestar as explicações** solicitadas, **por procurador com poderes especiais** (ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "**Pedido de Explicações**", "*in*" RT 538/297, **303**; BENTO DE FARIA, "**Código Penal Brasileiro Comentado**", vol. 4/243, 2. ed., 1959; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 457, 24. ed., 2010, Saraiva, *v.g.*).

Analisados, *assim*, **os diversos** aspectos **concernentes** à interpelação penal (**CP**, art. 144), **considerado** o fato de que *não se consumaram*, ainda, os prazos de decadência **e** de prescrição **e reconhecida**, *finalmente*, **a competência originária** do Supremo Tribunal Federal para o processamento **dessa verdadeira** *ação penal cautelar*, **determino a notificação** da senhora ministra Eliana Calmon Alves, **para que**, *observado* o prazo de 10 dias, **responda**, *querendo*, **à presente** interpelação.

Publique-se.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Celso de Mello, relator.

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA 30.380 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Impetrante: Sávio Luis Ferreira Neves Filho — Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados — Litisconsorte passiva: União

Partidos políticos e regime democrático. Coligações partidárias. Natureza jurídica, finalidade e prerrogativas jurídico-eleitorais. As coligações partidárias como instrumentos de viabilização do acesso das minorias ao poder político e do fortalecimento da representatividade dos pequenos partidos políticos. A questão da sucessão dos suplentes: suplente do partido ou suplente da coligação partidária? Pretendida modificação de prática institucional consolidada, no âmbito da Justiça Eleitoral e da Câmara dos Deputados, há várias décadas. Postulação cautelar. Instância de delibação que se deve pautar por critérios fundados em juízo prudencial. Adoção da técnica da *prospective overruling* em hipóteses que impliquem revisão substancial de padrões jurisprudenciais. Pretensão mandamental que objetiva promover verdadeira ruptura de paradigma. As múltiplas funções da jurisprudência. A questão da previsibilidade das decisões judiciais. Segurança jurídica e princípio da confiança: postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito. Medida cautelar indeferida.

Decisão: **Trata-se** de mandado de segurança, **com pedido** de medida liminar, **impetrado** por SÁVIO LUÍS FERREIRA NEVES FILHO, que se qualifica como "primeiro parlamentar suplente" do Partido Progressista (PP), **objetivando a sua convocação** para o exercício do mandato de deputado federal, **em razão de licença** concedida ao respectivo titular, **investido** em cargo do Poder Executivo **a que se refere** o art. 56, I, da Constituição Federal.

Com o afastamento do senhor Julio Luiz Baptista Lopes do mandato de deputado federal (PP/RJ) – **licenciado** para exercer o cargo de secretário de transportes do Estado do Rio de Janeiro –, **convocou-se**, em decorrência **da mencionada** investidura político-administrativa (CF, art. 56, I), o **primeiro suplente da coligação partidária**, **filiado**, *no entanto*, **a outro** partido político (PMDB/RJ) **que não** aquele detentor do mandato parlamentar (PP/RJ), **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 a 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, e 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 e condenar não só candidatos, mas votos, a uma espécie de limbo eleitoral. (...).* [**Grifei**.]

Presente esse contexto, **passo a apreciar** a postulação cautelar **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.

Disso resulta 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, n. 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 e 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 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 e 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 Regime" 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, as funções e as 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 2, 2003, Del Rey; ADRIANO SOARES DA COSTA, "**Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**", p. 389, item 2, 1998, Del Rey; WALBER DE MOURA AGRA, "**Do Direito dos Partidos à Vaga dos Suplentes**", "*in*" "Estudos Eleitorais", p. 181, item 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 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 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 artigo 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 artigo 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 artigo 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 obtém* ***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 artigos 107 e 108 do Código Eleitoral.* ***Esse resultado eleitoral positivo dificilmente seria alcançado se*** *disputassem o pleito isoladamente.*

A segunda questão *e 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 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 n. 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 *e 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 n.*

*4.737/65), **em seu art. 105**, com a redação dada pela Lei n. 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 n. 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 e 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 n. 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 n. 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 n. 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 a 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 4.737/1965), **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 (primeiro 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 n. 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**, *ao menos neste juízo de sumária cognição*, **da ausência** de plausibilidade jurídica da pretensão cautelar ora em exame.

Devo considerar, *ainda*, *sempre em juízo de delibação*, **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 ac. 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**.

Razões de prudência, portanto, *estimuladas*, **no caso** em exame, **pela existência** de uma prática institucional **consolidada** há décadas, *não me permitem deferir*, **ainda mais** em sede *de incompleta cognição*, o pleito cautelar ora veiculado **nesta** impetração mandamental, **não se me revelando adequado** desconstituir, **em fase** *de mera delibação*, uma situação jurídica que se constituiu *com estrita observância* de sólidos precedentes jurisprudenciais firmados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral.

Em uma palavra: **os postulados** da segurança jurídica, da boa-fé objetiva **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, **mesmo** as de direito público (**RTJ 191/922**), **em ordem a viabilizar** a incidência desses **mesmos** princípios sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, situações **já consolidadas** no passado.

Sendo assim, em juízo *de estrita* delibação, **tendo em consideração** as razões expostas, *e sem prejuízo* de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente sede processual, **indefiro** o pedido de medida liminar.

2. **Citem-se**, na condição de litisconsortes passivos necessários, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), **o Partido** Social Cristão (PSC), **os suplentes** de deputado federal **indicados** pelo próprio impetrante em sua petição inicial **e o suplente** Fernando Jordão, que, **embora** não mencionado pela parte impetrante, *poderá vir a sofrer* os efeitos *de eventual* decisão concessiva de mandado de segurança, **eis** que, **conforme** as informações prestadas pelo senhor presidente da Câmara dos Deputados, **tomou posse** no cargo de deputado federal **em decorrência** de convocação motivada pelo ato apontado como coator.

A efetivação dos atos citatórios em referência **constitui** providência essencial ao regular **prosseguimento** da presente impetração, **pois** a eventual concessão do mandado de segurança **terá o condão de afetar** a situação jurídica **de referidos** suplentes, **bem assim** dos partidos políticos **a que se acham** vinculados **mediante** filiação partidária.

Na realidade, *como enfatizado*, o eventual deferimento da ordem mandamental ora impetrada **terá direta e imediata repercussão** na esfera jurídica das agremiações partidárias (e dos suplentes **mais bem** classificados **segundo** a ordem de votação), **o que justifica a intervenção**, "*jussu judicis*", **na presente** relação processual.

É tão importante (é inafastável) a efetivação **desses** atos citatórios, **com o consequente** ingresso formal desses litisconsortes passivos necessários **na presente** causa mandamental – **o que viabilizará**, por imperativo constitucional, **a instauração** do contraditório –, **que a ausência** de referidas medidas, **não obstante** o rito especial **peculiar** ao mandado de segurança, **poderá importar** em nulidade processual, **consoante adverte** a jurisprudência dos tribunais em geral, **inclusive** a desta Suprema Corte (**RTJ** 57/278 – **RTJ** 59/596 – **RTJ** 64/777 – **RT** 391/192, **v.g.**):

> ***No caso de litisconsórcio necessário**, torna-se **imprescindível** a citação do litisconsorte, **sob pena** de nulidade do processo.* [**Revista dos Tribunais**, vol. 477/220 – **Grifei**.]

Determino, *assim*, pelas razões expostas, **sejam citados**, na condição de litisconsortes passivos necessários, **o Partido** do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), **o Partido** Social Cristão (PSC), **os suplentes** de deputado

federal **indicados** pelo próprio impetrante em sua petição inicial, **bem assim** o deputado federal, *em exercício*, Fernando Jordão.

Para tanto, o ora impetrante **deverá adotar**, junto à Secretaria deste Tribunal, **as providências necessárias** à efetivação dos referidos atos citatórios.

3. **Defiro**, *finalmente*, **o ingresso** da União Federal **na presente** relação processual.

Publique-se.

Brasília, 31 de março de 2011 — Celso de Mello, relator.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Pn — *Abolitio criminis* temporária: não caracterização do âmbito de incidência. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

PrPn — Absolvição. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn — Absolvição. (...) ***Habeas corpus.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrPn — Absolvição do acusado por autoria no Júri subsequente: reconhecimento de participação e inversão da imputação da autoria ao partícipe absolvido. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

Ct — Abusos: responsabilidade civil, penal e direito de resposta. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrCv — ***Ação cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário: requisitos. Ajuizamento de ação principal: inocorrência. Citação: desnecessidade. AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

Ct — ***Ação civil pública.*** Cabimento. Esgoto urbano: tratamento adequado antes de lançamento em águas fluviais. Ministério Público: função institucional. CF/1988, arts. 129 e 225. RE 254.764 *RTJ* 219/582

PrCv — ***Ação civil pública.*** Ressarcimento de dano ao erário: imprescritibilidade. Concessionária de serviço público: contrato de mão de obra sem licitação. CF/1988, art. 37, § 5º. AI 712.435-AgR *RTJ* 222/603

Ct — Ação contra autarquia federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

PrPn — Ação controlada: preparação de flagrante. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrSTF — ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Conhecimento parcial. Pedido da ADC 30: declaração de constitucionalidade de todo o di-

ploma legal. Controvérsia judicial: demonstração em parte dos dispositivos. Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*, redação da Lei Complementar 135/2010. Lei 9.868/1999, art. 14, III. ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Pressupostos de admissibilidade. Controvérsia judicial. ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Decreto autônomo. ADI 3.664 *RTJ* 219/187

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Improcedência da ação: declaração de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes* 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.*** Inelegibilidade. Hipóteses previstas na Lei Complementar 135/2010: aplicabilidade. ADI 4.578: julgamento conjunto com a ADC 29. ADC 29 *RTJ* 221/11

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.*** Legitimidade ativa. Governador. Pertinência temática. Aplicação de norma estadual a servidor público homoafetivo. Decreto-Lei estadual 220/1975/RJ, arts. 19, II e V, e 33. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277 – ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Norma impugnada: repetição de dispositivo constitucional. CF/1988, art. 104, parágrafo único, I. Lei 7.746/1989, art. 1º, I. ADI 4.078 *RTJ* 222/87

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

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade inocorrente. Emenda constitucional superveniente. Parâmetro constitucional: alteração substancial. Constitucionalidade superveniente: inexistência. Convalidação: impossibilidade. Inconstitucionalidade persistente e atual. Máxima efetividade da jurisdição constitucional. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Ct Ação direta de inconstitucionalidade: lei estadual em face da Constituição Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade: suspensão cautelar. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrPn ***Ação penal.*** Absolvição. Ex-prefeito. Núcleo essencial do tipo: não comprovação. Elemento subjetivo do tipo: ausência. Responsabilidade penal objetiva: vedação. *Mutatio libelli*: desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva. CPP/1941, art. 386, III. AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn ***Ação penal.*** Prescrição inocorrente. Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato: acidente aéreo. Crimes de natureza comum e castrense: imputações distintas. Competências absolutas. Separação dos processos: necessidade. Princípio do *ne bis in idem*: ofensa inocorrente. CPP/1941, art. 79, I. HC 105.301 *RTJ* 222/375

PrPn ***Ação penal originária.*** Interrogatório. Procedimento específico previsto na Lei 8.038/1990. Alteração legislativa do CPP/1941: norma subsidiária. Princípio da especialidade. Lei 11.719/2008: inaplicabilidade. Lei 8.038/1990, art. 7º. AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16

Ct Acesso direto a dados bancários pela Receita Federal: impossibilidade. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

Adm Acesso por estrangeiro. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

Adm Acidente de trânsito: transporte coletivo. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500

PrPn Acórdão condenatório. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn ***Acórdão criminal.*** Recurso de apelação da defesa: provimento negado. Intimação em nome de advogado falecido: impossibilidade. Desconstituição do trânsito em julgado: devolução do prazo recursal e restituição da liberdade do paciente. Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa. CF/1988, arts. 5º, LV, e 133. RHC 104.723 *RTJ* 222/368

Adm ADCT da Constituição Federal/1988, art. 10, II, *b*. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

PrSTF ADI 4.578: julgamento conjunto com a ADC 29. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Advogado. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550

PrPn Advogado constituído: impedimento conhecido após o julgamento. (...) ***Defesa técnica.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn Advogado constituído: não comparecimento à sessão de julgamento. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

Ct Advogado empregado: sociedade de economia mista. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Cv Advogado empregado: sociedade de economia mista. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Ct Afastamento da aplicação de lei por inconstitucionalidade: inadmissibilidade. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Ct Afastamento por decisão liminar do STF três meses antes do término do mandato: irrelevância. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

Adm Aferição de antiguidade: critério de desempate. (...) ***Magistratura.*** RMS 26.079 *RTJ* 222/269

Cv Afeto: valor jurídico de natureza constitucional. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Agência bancária: equipamento que ateste autenticidade de cédula de dinheiro. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

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

PrSTF ***Agravo regimental.*** Não conhecimento. Fixação de competência: pedido de prevenção. Ato de mero expediente privativo da Presidência: órgão supervisor da distribuição. Lesividade a direito da parte: ausência. CPC/1973, art. 504. Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

PrCv Ajuizamento de ação principal: inocorrência. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrPn Ajuste do dia, hora e local para a oitiva: prerrogativa parlamentar. (...) ***Instrução criminal.*** AP 421-QO *RTJ* 222/11

PrPn Alcance da maioria dos votos em determinado sentido. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

El Alcance de atos e fatos anteriores à lei nova: possibilidade. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Alegação de descumprimento do acórdão na Ext 1.085. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

El Alteração. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

Trbt Alteração de alíquota: indústria automotiva. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrPn Alteração legislativa do CPP/1941: norma subsidiária. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16

Adm Alteração superveniente do regimento interno: questão de direito intertemporal. (...) ***Magistratura.*** RMS 26.079 *RTJ* 222/269

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

Pn Analogia *in malam partem*: inadmissibilidade. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

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

Adm Aplicabilidade da norma vigente ao tempo da posse dos interessados. (...) ***Magistratura.*** RMS 26.079 *RTJ* 222/269

El Aplicabilidade imediata: impossibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

PrSTF Aplicação de norma estadual a servidor público homoafetivo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF Aposentadoria especial. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Adm Aposentadoria especial. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Pn Apreensão de acessório de celular: carcaça. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Pn Apreensão de componente de aparelho celular: *chip*. (...) ***Execução penal.*** HC 105.973 *RTJ* 222/386

Pn Apreensão e perícia da arma: prescindibilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

El Apresentação concomitante do título de eleitor: desnecessidade. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

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

PrSTF Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF Apuração de ato omissivo ou comissivo de agente ou órgão público: necessidade. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrPn Apuração dos votos. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

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 ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva: reconhecimento. Julgamento conjunto com ADI. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Ilegitimidade ativa. Prefeito: ausência de legitimidade para ADI. Lei 9.882/1999, art. 2º, I. ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63

Pn ***Arma de fogo.*** Permuta recíproca. Cessão ou fornecimento: caracterização. Consunção pela conduta "possuir": alegação. *Abolitio criminis* temporária: não caracterização do âmbito de incidência. Lei 10.826/2003, arts. 14, 16, 30 e 32. HC 99.448 *RTJ* 219/450

Pn Arrependimento posterior: requisito. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

PrPn Assistente do Ministério Público. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrSTF 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

Int Associação para o tráfico: *conspiracy*. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Pn Atenuante genérica: inocorrência. (...) ***Pena.*** HC 108.148 *RTJ* 222/419

Ct Atividade legislativa: dever de omissão. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Ato de mero expediente privativo da Presidência: órgão supervisor da distribuição. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Adm Atos administrativos realizados até regularização: confirmação. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77

Adm Atribuição estritamente técnica. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

PrPn Audiência de inquirição: participação de todos os corréus. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

PrPn Audiência de inquirição de testemunha de acusação: réu preso ausente. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

PrPn Audiência de instrução e julgamento. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

PrPn Ausência: inocorrência. (...) ***Defesa técnica.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Trbt Ausência de circulação da mercadoria no Estado do estabelecimento importador: irrelevância. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 405.457 *RTJ* 222/431

PrPn Ausência de conhecimento da situação funcional entre réu e vítima. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

Int Autoridade competente para determinar a observância: Poder Executivo. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

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

Pn Bem pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). (...) ***Receptação qualificada.*** HC 105.542 *RTJ* 222/380

PrCv Beneficiário da justiça gratuita. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

Trbt Benefício fiscal. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt ***Benefício fiscal.*** Remissão e anistia. Lei específica: necessidade. Delegação ao chefe do Poder Executivo: impossibilidade. Princípio da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. CF/1988, arts. 2º; 37, *caput*; e 150, § 6º. Lei estadual 6.489/2002/PA, expressão "remissão, anistia": inconstitucionalidade. ADI 3.462 *RTJ* 219/163

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

Ct Cabimento. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490 – HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrCv Cabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrSTF Cabimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Ct Cadastro de inadimplentes (CADIN): inclusão. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn Caderneta de Inscrição e Registro (CIR): licença de natureza civil. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

Trbt Cálculo do imposto: fixação de critérios. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Adm Candidato aprovado: prioridade para nomeação sobre novos concursados. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486

Adm Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521

Adm Caráter de assessoramento, chefia ou direção: ausência. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

PrCv Caráter infringente e protelatório. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

Adm Carga horária: percentual mínimo de um terço para dedicação às atividades extraclasse. (...) ***Servidor público.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct Cargo de direção: presidente. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

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

Adm Cargo em comissão. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Adm ***Cargo público.*** Acesso por estrangeiro. Norma constitucional: eficácia limitada. Regulamentação: necessidade. CF/1988, art. 37, I, redação da EC 19/1998. RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

Adm ***Cargo público.*** Criação. Médico perito, auditor de controle interno, produtor jornalístico, repórter fotográfico, perito psicológico, enfermeiro e motorista. Atribuição estritamente técnica. Relação de confiança entre servidor nomeado e superior hierárquico: desnecessidade. Caráter de assessoramento, chefia ou direção: ausência. Concurso público: necessidade. Provimento em comissão: inconstitucionalidade. CF/1988, art. 37, II e V. Lei estadual 15.224/2005/GO, art. 16-A, XI, XII, XIII, XIX, XX, XXIV e XXV: inconstitucionalidade. ADI 3.602 *RTJ* 222/83

Ct Carta das Nações Unidas, art. 92. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

Int Casamento civil de estrangeiro com brasileira nata. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Pn Casamento do agente com a vítima: extinção da punibilidade. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Pn Causa de diminuição. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

El Causa de inelegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

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

Cv	CC/2002, art. 1.723: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212
TrPrv	CC/2002, art. 1.723: requisitos. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572
Ct	Censura prévia: inadmissibilidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
Pn	Cessão ou fornecimento: caracterização. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450
Cv	CF/1988, arts. 1º, III; 3º, IV; e 5º, XLI. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572
Ct	CF/1988, arts. 1º; 4º, I; e 84, VII. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184
Ct	CF/1988, art. 2º: ofensa inocorrente. (...) ***Medida provisória.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57
Trbt	CF/1988, arts. 2º; 37, *caput*; e 150, § 6º. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163
Ct	CF/1988, art. 5º, IV, IX e XIV. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146
Ct	CF/1988, arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
Ct	CF/1988, arts. 5º, V; 139, *caput* e III; e 220, § 1º. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
Ct	CF/1988, art. 5º, V e X. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628
Ct	CF/1988, art. 5º, IX e XIII. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457
Ct	CF/1988, art. 5º, X e XII. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540
Ct	CF/1988, arts. 5º, XIII, e 84, IV: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550
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
El	CF/1988, art. 5º, XXXVI e LVII. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11
Pn	CF/1988, art. 5º, XXXIX. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

Pn	CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475
Int	CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
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
PrPn	CF/1988, art. 5º, LIII. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544
Ct	CF/1988, art. 5º, LIV. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130
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, LV. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340
PrPn	CF/1988, arts. 5º, LV, e 133. (...) ***Acórdão criminal.*** RHC 104.723 *RTJ* 222/368
PrPn	CF/1988, art. 5º, LVI. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392 – HC 106.244 *RTJ* 222/401
PrPn	CF/1988, art. 5º, LXVIII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490
Cv	CF/1988, arts. 5º, § 2º, e 226. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212
TrGr	CF/1988, art. 7º, IV. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65
Adm	CF/1988, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640
TrGr	CF/1988, art. 8º, *caput*, I e II. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383
El	CF/1988, arts. 14 e 60, § 4º, II. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407
El	CF/1988, arts. 14, § 9º, e 16. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462
El	CF/1988, arts. 14, § 10, e 56, § 1º. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278
El	CF/1988, art. 16. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11
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, arts. 21, VIII, e 192: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176
Ct	CF/1988, arts. 22, I, e 62, *caput*: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57
Ct	CF/1988, arts. 22, I, XI e XVI, e 23, XII: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180
Cv	CF/1988, art. 37. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436
Adm	CF/1988, art. 37, *caput* e IV. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521
Adm	CF/1988, art. 37, I, redação da EC 19/1998. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626
Adm	CF/1988, art. 37, II e V. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83
Adm	CF/1988, art. 37, IV. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486
PrCv	CF/1988, art. 37, § 5º. (...) ***Ação civil pública.*** AI 712.435-AgR *RTJ* 222/603
Adm	CF/1988, art. 37, § 6º: alcance. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500
PrSTF	CF/1988, art. 40, § 4º. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653
Adm	CF/1988, art. 40, § 4º, I. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653
Ct	CF/1988, arts. 49, III, e 83 c/c art. 29, *caput*: ofensa. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586
Ct	CF/1988, art. 53, *caput*. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632
Ct	CF/1988, art. 81, § 1º: reprodução não obrigatória. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220
PrSTF	CF/1988, arts. 93, III; 94; e 98, I: alegação de ofensa. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 597.133 *RTJ* 219/611
Adm	CF/1988, arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116
Ct	CF/1988, art. 100, § 8º, redação da EC 62/2009: ofensa. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603
Ct	CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

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

PrSTF CF/1988, art. 104, parágrafo único, I. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Ct CF/1988, art. 109, § 2º. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

Ct CF/1988, art. 128, § 5º, II, *d*. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct CF/1988, arts. 129 e 225. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Trbt CF/1988, arts. 146, III, e 155, § 2º, XII. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Trbt CF/1988, arts. 146, III, *d*; 150, § 6º; e 170, IX: ofensa inocorrente. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Trbt CF/1988, 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, III, *c*. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

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. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Trbt CF/1988, arts. 150, § 6º; 152; e 155, § 2º, XII, *g*: ofensa. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, I, II, *a* e *b*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, IX, *a*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 405.457 *RTJ* 222/431

Trbt CF/1988, art. 155, § 3º, redação da EC 3/1993. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

Trbt	CF/1988, art. 155, II. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50
Adm	CF/1988, art. 164, § 3º: ofensa inocorrente. (...) ***Remuneração.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611
PrSTF	CF/1988, art. 202, § 3º. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44
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
PrPn	CF/1988, art. 226, § 8º. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521
Adm	CF/1988, art. 236, § 3º. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77 – ADI 4.140 *RTJ* 222/116
Ct	Charge e caricatura: pensamento crítico, informação e criação artística. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
Pn	Circunstância atenuante genérica: irrelevância. (...) ***Pena-base.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388
PrCv	Citação: desnecessidade. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159
Ct	Cláusula contratual: honorários advocatícios. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436
Ct	Cláusula da reserva financeira do possível: inaplicabilidade. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158
TrGr	CLT/1943, art. 515, *a* e parágrafo único. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383
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
PrPn	Coisa julgada do primeiro Júri: inocorrência. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276
El	Coligação partidária: pessoa jurídica de existência efêmera. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266
Trbt	Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Ct Competência: limite. (...) ***Conselho Nacional de Justiça.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça comum estadual. Crime de lesão corporal grave cometido por militar contra militar. Ausência de conhecimento da situação funcional entre réu e vítima. CPM/1969, art. 9º, II, *a*. HC 99.541 *RTJ* 219/467

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal. Uso por civil de documento falso emitido pela Marinha. Caderneta de Inscrição e Registro (CIR): licença de natureza civil. Justiça Militar: incompetência absoluta. CF/1988, art. 5º, LIII. CPM/1969, art. 315. HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

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

Int Competência internacional concorrente do Estado requerente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum. Cláusula contratual: honorários advocatícios. Advogado empregado: sociedade de economia mista. RE 407.908 *RTJ* 222/436

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça Federal. Ação contra autarquia federal. CF/1988, art. 109, § 2º. RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

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

Int Competência jurisdicional do STF: exaurimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Ct ***Competência legislativa.*** Estado-membro. Eleição indireta: regulamentação. Lei estadual 2.154/2009/TO: medida cautelar indeferida. ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito do trabalho, condições para o exercício de profissões e segurança do trânsito. Profissão de motoboy: regulamentação. CF/1988, arts. 22, I, XI e XVI, e 23, XII: ofensa. Lei distrital 2.769/2001/DF: inconstitucionalidade. ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito processual. Honorários advocatícios: supressão de condenação em ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas. CF/1988, arts. 22, I, e 62, *caput*: ofensa. Medida Provisória 2.164-41/2001, art. 9º: inconstitucionalidade. ADI 2.736 *RTJ* 222/57

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Sistema Financeiro Nacional. Agência bancária: equipamento que ateste autenticidade de cédula de dinheiro. CF/1988, arts. 21, VIII, e 192: ofensa. Lei estadual 12.775/2003/SC: inconstitucionalidade. ADI 3.515 *RTJ* 219/176

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas corpus*: ato coator do presidente da República. Decreto de expulsão de estrangeiro. HC 101.528 *RTJ* 222/359

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Pedido de explicações em juízo. Ministro do STJ: prerrogativa de foro. Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). União Federal e Estado-membro. Conflito federativo potencial. CF/1988, art. 102, I, *f*. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn ***Competência recursal.*** Legitimidade. Assistente do Ministério Público. Súmula 210 do STF. HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn Competências absolutas. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

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

Ct Composição. (...) ***Superior Tribunal de Justiça (STJ).*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Ct Composição majoritária: juízes federais convocados. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

Int Compromisso formal: necessidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Adm Comunicação prévia da gravidez: desnecessidade. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Pn Comutação da pena. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

Int Comutação em pena não superior a trinta anos. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Cv Conceito. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrCv Concessionária de serviço público: contrato de mão de obra sem licitação. (...) ***Ação civil pública.*** AI 712.435-AgR *RTJ* 222/603

Int Concurso de jurisdições penais. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrPn Concurso de pessoas: réus denunciados por autoria e participação. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

Adm ***Concurso público.*** Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Direito público subjetivo à nomeação. Recusa da nomeação pela administração pública: situações excepcionais. Dever de boa-fé da administração pública: respeito às regras do edital. Princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança. Princípio do Estado de Direito. CF/1988, art. 37, *caput* e IV. RE 598.099 *RTJ* 222/521

Adm ***Concurso público.*** Nomeação. Preterição: inocorrência. Decisão judicial: cumprimento. RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

Adm ***Concurso público.*** Prorrogação: inocorrência. Criação de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Candidato aprovado: prioridade para nomeação sobre novos concursados. Princípio da legalidade e da eficiência. CF/1988, art. 37, IV. Lei 10.842/2004. RE 581.113 *RTJ* 222/486

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

Adm Concurso público: ausência. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77

Adm Concurso público: cargos vagos. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Adm Concurso público: necessidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

El Condições de elegibilidade: estatuto jurídico eleitoral. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Pn Conduta social: não consideração de condenação transitada em julgado. (...) ***Pena-base.*** HC 97.400 *RTJ* 222/353

Ct Condutas de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: inocorrência. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146

Pn Confissão espontânea: não configuração. (...) ***Pena.*** HC 108.148 *RTJ* 222/419

PrPn Confissão posterior derivada da prova ilícita: contaminação. (...) ***Prova criminal.*** HC 90.298 *RTJ* 220/392

Ct Conflito federativo potencial. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

TrGr Congelamento da base de cálculo: desindexação cautelar. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrSTF Conhecimento parcial. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

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

Pn Consequências do delito: grande prejuízo à vítima. (...) ***Pena-base.*** HC 97.400 *RTJ* 222/353

PrPn Consignação do número de votos afirmativos e negativos: desnecessidade. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

Trbt Consolidação por estimativa: impossibilidade por inexistência de parâmetro para o cálculo. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

PrSTF Constitucionalidade superveniente: inexistência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Ct Constrições em período eleitoral: inadmissibilidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

TrGr Consulta a um terço dos interessados: requisito não recepcionado pela CF/1988. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Pn Consunção pela conduta "possuir": alegação. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

PrPn Contaminação do conjunto probatório: derivação inexistente. (...) ***Prova criminal.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

Ct Contestação pelo Estado italiano. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

Ct Conteúdo: rol de liberdades. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Adm ***Contrato administrativo.*** Inadimplência do contratado: encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. Responsabilidade contratual subsidiária: inocorrência. Lei 8.666/1993, art. 71, § 1º, redação da Lei 9.032/1995: constitucionalidade. Súmula 331 do TST. ADC 16 *RTJ* 219/11

PrPn Contravenção penal: vias de fato. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

TrPrv Contribuição compulsória: impossibilidade. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv ***Contribuição previdenciária.*** Não incidência. Servidor público inativo. Pensionista. Emenda Constitucional 20/1998. Lei estadual 12.398/1998/PR, arts. 28, I, 69, I, 78, I e II, e 79, expressões; e arts. 78, § 1º, *b* e *c*: inconstitucionalidade. Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 69, I, expressão "segurados": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Decreto estadual 721/1999/PR, arts. 1º, 2º, 4º, I e II, 7º e 12, expressões; e arts. 3º, parágrafo único, 5º, § 2º e § 3º: inconstitucionalidade por arrastamento. Decreto estadual 721/1999/PR, art. 7º, expressão "servidor": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Ct Contribuição previdenciária: não recolhimento. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Trbt Contribuição sindical patronal: isenção. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

TrPrv ***Contribuição social.*** Serviço de assistência à saúde: custeio. Servidor público inativo. Pensionista. Contribuição compulsória: impossibilidade. Emenda Constitucional 20/1998. Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 79, *caput*, expressões: inconstitucionalidade. ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Ct Controle jurisdicional: admissibilidade excepcional. (...) ***Medida provisória.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57

PrSTF Controvérsia judicial. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF Controvérsia judicial: demonstração em parte dos dispositivos. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Convalidação: impossibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Pn Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, art. 3º, § 4º, *c*. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Int Convenção Única de Nova Iorque. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Trbt Convênio interestadual: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

PrCv Cópia do relatório do acórdão recorrido: ausência. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

PrPn Correlação obrigatória entre pronúncia, libelo e quesitação: paridade de armas entre acusação e defesa. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

Ct Corte Internacional de Haia. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

Pn CP/1940, art. 16. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

Pn CP/1940, art. 33. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

Pn CP/1940, art. 59. (...) ***Pena-base.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317 – HC 97.400 *RTJ* 222/353

Pn CP/1940, art. 65, III, *d*. (...) ***Pena.*** HC 108.148 *RTJ* 222/419

Pn CP/1940, art. 71. (...) ***Crime continuado.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn CP/1940, art. 88: descabimento de interpretação extensiva. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

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, art. 107, VII, redação anterior à Lei 11.106/2005. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Pn CP/1940, arts. 109, V, e 117, V. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Pn CP/1940, art. 121, § 2º, IV. (...) ***Pena.*** HC 95.136 *RTJ* 222/330

Pn CP/1940, art. 144. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Pn CP/1940, art. 157, § 2º, I. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

Pn CP/1940, art. 157, § 2º, I. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

Pn CP/1940, art. 171. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

Pn CP/1940, art. 180, § 6º. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 105.542 *RTJ* 222/380

Pn CP/1940, art. 304: crime-meio. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrPn CP/1940, art. 312: afastamento. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Cv CPC/1973, art. 20. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Ct CPC/1973, art. 126. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628

PrSTF CPC/1973, art. 504. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

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 CPM/1969, art. 9º, II, *a*. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

PrPn CPM/1969, art. 315. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

PrPn CPP/1941, art. 72. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

PrPn CPP/1941, art. 79, I. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

PrPn CPP/1941, art. 110, § 2º: inteligência. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

PrPn CPP/1941, arts. 158 e 566. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn CPP/1941, arts. 159, § 1º, e 171. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn CPP/1941, art. 159, § 5º, I. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

PrPn CPP/1941, art. 221, *caput*. (...) ***Instrução criminal.*** AP 421-QO *RTJ* 222/11

PrPn CPP/1941, art. 252. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

PrPn CPP/1941, art. 295. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

Int CPP/1941, art. 312: inaplicabilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

PrPn CPP/1941, art. 383. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn CPP/1941, art. 384, *caput* e parágrafo único: inaplicabilidade na segunda fase do rito. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

PrPn CPP/1941, art. 386, III. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Pn CPP/1941, art. 386, III. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn CPP/1941, art. 392. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn CPP/1941, art. 461, *caput*, redação da Lei 11.689/2008. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

PrPn CPP/1941, arts. 483, § 1º e § 2º, 488 e 563. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn CPP/1941, art. 514: inaplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 95.969 *RTJ* 222/334

PrPn CPP/1941, art. 563. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn CPP/1941, art. 565. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459

Ct Crédito acessório: ausência de autonomia. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

Adm Criação. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

TrGr Criação. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Adm Criação de novos cargos durante o prazo de validade do certame. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486

Pn ***Crime continuado.*** Inadmissibilidade. Latrocínio e roubo: bens jurídicos distintos. CP/1940, art. 71. HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn ***Crime contra os costumes.*** Fato delituoso: período de vigência da lei revogada. Casamento do agente com a vítima: extinção da punibilidade. *Lex mitior*: ultratividade. CF/1988, art. 5º, XL. CP/1940, art. 107, VII, redação anterior à Lei 11.106/2005. HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn Crime de lesão corporal grave cometido por militar contra militar. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

Pn Crime de mera conduta. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

PrPn Crime funcional: concurso com crime não funcional. (...) ***Processo criminal.*** HC 95.969 *RTJ* 222/334

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

PrPn Crimes de natureza comum e castrense: imputações distintas. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

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 Complementar estadual 165/1999/RN, art. 240: inconstitucionalidade. ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Ct Custas processuais. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

D

Adm Dano a terceiro não usuário do serviço. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500

PrCv Data da disponibilização e da publicação: distinção. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrCv Decisão: cumprimento imediato. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

PrPn Decisão anterior à Lei 11.719/2008. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Adm Decisão judicial: cumprimento. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

PrSTF Decisão monocrática. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Adm Decisão na ADI 3.522: ausência de descumprimento. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Ct Declarações a veículo de imprensa escrita fora das dependências do Congresso Nacional. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Pn Decreto 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

Pn Decreto 5.620/2005. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

Trbt Decreto 7.567/2011, art. 16: suspensão cautelar. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrSTF Decreto autônomo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Ct Decreto de expulsão de estrangeiro. (...) ***Competência originária.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

TrPrv Decreto estadual 721/1999/PR, arts. 1º, 2º, 4º, I e II, 7º e 12, expressões; e arts. 3º, parágrafo único, 5º, § 2º e § 3º: inconstitucionalidade por arrastamento. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Decreto estadual 721/1999/PR, art. 7º, expressão "servidor": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Trbt Decreto estadual 27.427/2000/RJ, arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40, redação do Decreto estadual 28.104/2001/RJ: inconstitucional-

	lidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187
PrPn	Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, I, segunda parte, e § 1º e § 2º: enquadramento. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239
PrSTF	Decreto-Lei estadual 220/1975/RJ, arts. 19, II e V, e 33. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212
PrPn	Decurso de mais de trinta dias sem atender aos chamados da justiça: perda da prerrogativa parlamentar. (...) ***Instrução criminal.*** AP 421-QO *RTJ* 222/11
PrPn	Defensor constituído: advogado licenciado da OAB. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459
PrPn	Defensor constituído: comparecimento e formulação de reperguntas. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385
PrPn	***Defesa criminal.*** Advogado constituído: não comparecimento à sessão de julgamento. Intimação do réu para constituir novo advogado: inocorrência. Nomeação de defensor público. Liberdade de escolha do próprio defensor pelo réu: ofensa. Devido processo legal: ofensa. CF/1988, art. 5º, LV. HC 96.905 *RTJ* 222/340
PrPn	Defesa preliminar: desnecessidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 95.969 *RTJ* 222/334
PrPn	***Defesa técnica.*** Ausência: inocorrência. Advogado constituído: impedimento conhecido após o julgamento. HC 98.218 *RTJ* 220/464
PrPn	Degravação integral e por perito oficial: desnecessidade. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401
Trbt	Delegação a decreto: matéria sob reserva de lei. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50
Trbt	Delegação ao chefe do Poder Executivo: impossibilidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163
Int	Delito falimentar: ocultação de bens. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
Pn	Demonstração por outros meios de prova: possibilidade. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317
Pn	Demonstração por outros meios de prova: possibilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473
PrPn	***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato. Direito de defesa: possibilidade de exercício. AP 372 *RTJ* 221/239 – HC 104.075 *RTJ* 219/504

Adm Depósito em banco privado: possibilidade. (...) ***Remuneração.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Adm Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

Ct Deputado federal. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

El Deputado federal eleito por coligação partidária: renúncia. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266 – MS 30.260 *RTJ* 220/278 – MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510 – HC 106.976 *RTJ* 222/413

PrPn Descabimento. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

PrSTF Descabimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrPn Desconstituição do trânsito em julgado: devolução do prazo recursal e restituição da liberdade do paciente. (...) ***Acórdão criminal.*** RHC 104.723 *RTJ* 222/368

Ct Desconto remuneratório dos dias de paralisação: possibilidade. (...) ***Greve.*** AI 824.949-AgR *RTJ* 222/607

PrPn Descrição suficiente do fato. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239 – HC 104.075 *RTJ* 219/504

Int Descumprimento de tratado: alegação. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Trbt Desembaraço aduaneiro em Estado diverso: irrelevância. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 405.457 *RTJ* 222/431

Ct Desembargador: inelegibilidade. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

PrPn Designação de dois profissionais com curso superior. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Pn Desinternação progressiva: possibilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458

Ct Desmembramento. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

PrPn Desnecessidade. (...) ***Prisão administrativa.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

Pn Destinação: hipótese de ofensa equívoca. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Trbt Destinação a instituição privada: inadmissibilidade. (...) ***Emolumentos.*** MS 28.141 *RTJ* 220/253

Int Detração penal. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int Detração penal: descabimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Adm Dever de boa-fé da administração pública: respeito às regras do edital. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521

PrPn Devido processo legal: direito à prova. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

PrPn Devido processo legal: ofensa. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

PrPn Devido processo legal e ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 95.969 *RTJ* 222/334

PrCv Diário da Justiça eletrônico: certidão com fé pública sob condição resolutiva. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

El Difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes: vedação em caso de favorecimento. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

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

Trbt Direito de crédito da diferença: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

PrPn Direito de defesa: ofensa. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

PrPn Direito de defesa: possibilidade de exercício. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239 – HC 104.075 *RTJ* 219/504

PrCv Direito de defesa: possibilidade de exercício. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrSTF Direito de petição: ofensa inocorrente. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Ct Direito de resposta: *status* constitucional. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628

Ct Direito do trabalho, condições para o exercício de profissões e segurança do trânsito. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

El ***Direito político passivo (ius honorum).*** Restrição por lei: possibilidade. Hipóteses: improbidade, abuso de poder econômico ou de poder político, violação à moralidade. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação. ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Direito processual. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57

Adm Direito público subjetivo à nomeação. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Direito de resposta: *status* constitucional. Não recepção da lei de imprensa: irrelevância. Sentença de improcedência em ação penal privada: obrigatoriedade de publicação em jornal impresso. Liberdade de expressão: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 5º, V e X. CPC/1973, art. 126. AC 2.695-MC *RTJ* 222/628

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Garantias constitucionais de caráter procedimental. Pessoa jurídica de direito público: titularidade. CF/1988, art. 5º, LIV. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Liberdade de exercício profissional. Advogado. Exame da Ordem: requisito para o exercício da profissão. Risco de dano à coletividade: possibilidade. Regulamentação do requisito de qualificação profissional: inexistência de delegação legislativa. Princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade de exercício da profissão. CF/1988, arts. 5º, XIII, e 84, IV: ofensa inocorrente. Lei 8.906/1994, arts. 8º, IV e § 1º; e 44, II: constitucionalidade. RE 603.583 *RTJ* 222/550

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Liberdade de exercício profissional. Músico. Risco de dano à coletividade: ausência. Manifestação artística protegida pela liberdade de expressão. Inscrição no conselho profissional da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB): não exigência. CF/1988, art. 5º, IX e XIII. RE 414.426 *RTJ* 222/457

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Liberdade de reunião, de expressão e de informação. "Marcha da maconha". Discussão de política pública para descriminalizar o uso de droga: exercício regular das liberdades constitucionais. Condutas de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: inocorrência. Hipóteses excepcionais de limitação: estado de defesa e estado de sítio. CF/1988, art. 5º, IV, IX e XIV. Lei 11.343/2006, art. 33, § 2º: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.274 *RTJ* 222/146

Cv Discriminação em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Ct Discussão de política pública para descriminalizar o uso de droga: exercício regular das liberdades constitucionais. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146

Ct Discussão na esfera administrativa: não exaurimento. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Adm Disponibilidade de caixa: não caracterização. (...) ***Remuneração.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Ct Divulgação de remuneração e informações funcionais: sítio eletrônico oficial. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Pn Dolo eventual e qualificadora: incompatibilidade. (...) ***Pena.*** HC 95.136 *RTJ* 222/330

Pn Dosimetria. (...) ***Pena.*** HC 95.136 *RTJ* 222/330

Int Dupla punibilidade: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Dupla tipicidade. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Int Dupla tipicidade e dupla punibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100 – Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrPn Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato: acidente aéreo. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

E

PrSTF Efeito *ex tunc*. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrSTF Efeito infringente: possibilidade. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrCv Efeito multiplicador. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

PrSTF Efeito suspensivo a recurso extraordinário. (...) ***Medida cautelar.*** AC 2.771-MC *RTJ* 222/648

PrCv Efeito suspensivo a recurso extraordinário: requisitos. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrSTF Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Ct Eleição. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

El ***Eleição.*** Votação. Obrigatoriedade de apresentação de documento oficial com foto. Apresentação concomitante do título de eleitor: desnecessidade. Princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. Lei 9.504/1997, art. 91-A, *caput*, redação da Lei 12.034/2009: interpretação conforme à Constituição. Resolução 23.218/2010-TSE, art. 47, § 1º: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

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 Elemento subjetivo do tipo: ausência. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Pn Elevada reprovabilidade da conduta do agente. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

PrPn Elevado número de terminais e prorrogação sucessiva: possibilidade. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

PrSTF ***Embargos de declaração.*** Efeito infringente: possibilidade. Situação excepcional. Julgamento do RE 633.703 com repercussão geral: mudança do entendimento da Corte. Reforma do acórdão recorrido: economia processual e isonomia. RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrSTF ***Embargos de declaração.*** Julgamento. Empate na votação: voto de qualidade do ministro presidente. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 13, IX, *b*. RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrCv ***Embargos de declaração.*** Pressupostos inocorrentes. Caráter infringente e protelatório. Decisão: cumprimento imediato. Publicação: irrelevância. Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

PrCv ***Embargos de divergência.*** Beneficiário da justiça gratuita. Preparo: desnecessidade. RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

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

TrPrv Emenda Constitucional 20/1998. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Emenda Constitucional 20/1998. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrSTF Emenda constitucional superveniente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrSTF Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrPn ***Emendatio libelli.*** Fato descrito na denúncia: desvio de verba pública por prefeito. Peculato: capitulação. Princípio da especialidade. CPP/1941, art. 383. CP/1940, art. 312: afastamento. Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, I, segunda parte, e § 1º e § 2º: enquadramento. AP 372 *RTJ* 221/239

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 Empate na votação: voto de qualidade do ministro presidente. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

Trbt Empresa delegatária de serviço público federal: sociedade de economia mista. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Pn Empresa pública prestadora de serviço público: equiparação à Fazenda Pública. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 105.542 *RTJ* 222/380

PrSTF Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrSTF Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

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

Cv Entidade familiar: formação. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Int Entrega do extraditando. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Ct Escolha dentre juízes e desembargadores oriundos do quinto constitucional: irrelevância. (...) ***Superior Tribunal de Justiça (STJ).*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Ct Esgoto urbano: tratamento adequado antes de lançamento em águas fluviais. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Adm Estabilidade provisória. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Ct Estado-membro. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.298-MC *RTJ* 220/220

Ct ***Estado-membro.*** Contribuição previdenciária: não recolhimento. Discussão na esfera administrativa: não exaurimento. Cadastro de inadimplentes (CADIN): inclusão. Princípio do devido processo legal: ofensa. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

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 ***Estelionato.*** Uso de documento falso. Policial militar da reserva. Passagem de ônibus: passe livre ao militar da ativa. Elevada reprovabilidade da conduta do agente. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 171. HC 108.884 *RTJ* 222/427

Int Estelionato: Estados Unidos da América. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Estrangeiro com residência e relações familiares no país: irrelevância. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Ct Exame da Ordem: requisito para o exercício da profissão. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550

PrPn Exame de corpo de delito: inexistência. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Int Exame de mérito: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100 – Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrSTF Exame monocrático pelo relator: situação de extrema urgência. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct Execução contra a Fazenda Pública. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

Pn ***Execução penal.*** Comutação da pena. Requisito objetivo: cumprimento. Revogação de livramento condicional: irrelevância. Decreto 5.620/2005. HC 98.422 *RTJ* 219/430

Pn ***Execução penal.*** Falta grave. Apreensão de acessório de celular: carcaça. Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para

progressão. Uso efetivo do aparelho: prescindibilidade. Lei de Execução Penal (LEP), arts. 50, VII, e 127. Súmula Vinculante 9. RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Pn ***Execução penal.*** Falta grave. Apreensão de componente de aparelho celular: *chip*. Posse de aparelho telefônico e seus componentes: proibição. Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para progressão. Lei de Execução Penal (LEP), art. 50, VII. HC 105.973 *RTJ* 222/386

Pn ***Execução penal.*** Livramento condicional e comutação da pena: distinção. CP/1940, art. 88: descabimento de interpretação extensiva. HC 98.422 *RTJ* 219/430

Pn Execução provisória: inadmissibilidade. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Ct Exercício de dois mandatos incompletos como vice-presidente. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

Ct Exercício de outro cargo ou função pública: vedação. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct Exposições e competições entre aves das raças combatentes: submissão de animais a crueldade. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

PrPn Ex-prefeito. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Expulsão de estrangeiro. (...) ***Prisão administrativa.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

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.*** Casamento civil de estrangeiro com brasileira nata. Naturalização: inocorrência. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Delito falimentar: ocultação de bens. Prescrição da pretensão punitiva. Dupla punibilidade: inocorrência. Norma aplicável: legislação vigente à época do fato. Lei de Falência anterior: estatuto penal menos gravoso. CF/1988, art. 5º, XL. Súmula 147 do STF. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Descumprimento de tratado: alegação. Autoridade competente para determinar a observância: Poder Executivo. Competência jurisdicional do STF: exaurimento. Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Int ***Extradição.*** Detração penal. Prisão preventiva cumprida no Brasil. Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int ***Extradição.*** Detração penal: descabimento. Pena cumprida em período anterior à prisão preventiva para extradição. Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Int ***Extradição.*** Estelionato: Estados Unidos da América. Dupla tipicidade e dupla punibilidade. Prescrição inocorrente. Estrangeiro com residência e relações familiares no país: irrelevância. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Exame de mérito: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Ext 1.121 *RTJ* 219/100 – Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int ***Extradição.*** Extradição instrutória: Estados Unidos da América. Tráfico de entorpecente. Associação para o tráfico: *conspiracy*. Dupla tipicidade e dupla punibilidade. Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int ***Extradição.*** Filho brasileiro: causa não obstativa. Súmula 421 do STF. Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int ***Extradição.*** Pressuposto. Prisão cautelar do extraditando. Substituição por liberdade vigiada ou outro meio alternativo: impossibilidade. CPP/1941, art. 312: inaplicabilidade. Lei 6.815/1980, arts. 82 e 84, parágrafo único: recepção pela CF/1988. Súmula 2 do STF: insubsistência. Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

Int ***Extradição.*** Prisão perpétua. Comutação em pena não superior a trinta anos. Compromisso formal: necessidade. Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int ***Extradição.*** Tráfico de entorpecente e associação para o tráfico. Competência internacional concorrente do Estado requerente. Extraterritorialidade da lei penal norte-americana. Concurso de jurisdições penais. Inquérito policial ou processo penal no Brasil: ausência. Entrega do extraditando. Convenção Única de Nova Iorque. Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Ct Extradição deferida. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

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

Int Extradição instrutória: Estados Unidos da América. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int Extraterritorialidade da lei penal norte-americana. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

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

Pn Falta grave. (...) ***Execução penal.*** HC 105.973 *RTJ* 222/386 – RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Cv ***Família.*** Conceito. Interpretação constitucional: sentido aberto. União estável homoafetiva: reconhecimento. Preconceito em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. Entidade familiar: formação. CF/1988, arts. 5º, § 2º, e 226. CC/2002, art. 1.723: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

El Fases do processo eleitoral: momento da aferição da condição de elegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

Pn Fato delituoso: período de vigência da lei revogada. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn Fato descrito na denúncia: desvio de verba pública por prefeito. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Fatos complexos e graves: organização criminosa. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

Ct Federalismo de cooperação. (...) ***Pacto federativo.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

Int Filho brasileiro: causa não obstativa. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Pn Fixação abaixo do mínimo legal: impossibilidade. (...) ***Pena-base.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

Pn Fixação acima do dobro do mínimo legal: descabimento. (...) ***Pena-base.*** HC 97.400 *RTJ* 222/353

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396 – HC 93.876 *RTJ* 222/317

PrSTF Fixação de competência: pedido de prevenção. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Trbt Fixação de poste para sustentação da rede elétrica. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

Adm Folha de pagamento. (...) ***Remuneração.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Ct Formação da lista tríplice: vaga de juiz de Tribunal Regional Federal e de desembargador. (...) ***Superior Tribunal de Justiça (STJ).*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

PrPn Formação de novo libelo acusatório para julgamento em nova ação penal: possibilidade. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

PrCv Formação do instrumento: ônus do agravante. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

PrPn Formulação de perguntas sobre pontos diversos: impossibilidade. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

PrPn Foro do domicílio ou residência do réu. (...) ***Competência criminal.*** Inq 2.956-AgR *RTJ* 220/130

Ct Fracionamento da execução principal: vedação. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

PrPn Frustração da oitiva sem justa causa: inadmissibilidade. (...) ***Instrução criminal.*** AP 421-QO *RTJ* 222/11

Pn Função instrumental: medida preparatória de ação penal de crime contra a honra. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

PrPn Fundamentação em fato ocorrido no período. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

Pn Fundamentação específica: necessidade. (...) ***Pena-base.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Pn Fundamentação idônea: tráfico de drogas. (...) ***Pena-base.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

PrPn Fundamento novo: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.279-AgR *RTJ* 220/469

Pn ***Furto.*** Não configuração. Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Analogia *in malam partem*: inadmissibilidade. CF/1988, art. 5º, XXXIX. CPP/1941, art. 386, III. Lei 8.977/1995, art. 35: norma penal em branco inversa. HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn Furto qualificado: rompimento de obstáculo. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

G

Ct ***Garantia constitucional.*** Sigilo bancário. Quebra: necessidade de prévia autorização judicial. Acesso direto a dados bancários pela Re-

ceita 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

Ct Garantias constitucionais de caráter procedimental. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrSTF Governador. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Pn Gradação da diminuição da pena: extensão do ressarcimento. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

Pn Grande quantidade de droga apreendida. (...) ***Pena-base.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

PrPn Grande quantidade de droga e fuga do local do crime. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.976 *RTJ* 222/413

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

Ct ***Greve.*** Servidor público. Desconto remuneratório dos dias de paralisação: possibilidade. Suspensão do contrato de trabalho: ofensa inocorrente ao MI 708. AI 824.949-AgR *RTJ* 222/607

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Liberdade de locomoção: ameaça indireta. CF/1988, art. 5º, LXVIII. HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Sucedâneo de recurso ordinário: inocorrência. HC 104.079 *RTJ* 220/479

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento: excepcionalidade. Medida liminar indeferida por relator do STJ. HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Medida liminar indeferida por relator do STJ. Tráfico de entorpecente: apreensão de 4.800 frascos de lança-perfume. Grande quantidade de droga e fuga do local do crime. Prisão arbitrária ou decisão teratológica: inocorrência. Súmula 691 do STF: inadmissibilidade de abrandamento. HC 106.976 *RTJ* 222/413

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Sucedâneo de recurso ordinário. HC 104.308 *RTJ* 219/510

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

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ: princípio da insignificância. Supressão de instância. HC 99.035 *RTJ* 219/444

Ct *Habeas corpus*: ato coator do presidente da República. (...) ***Competência originária.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

PrPn *Habeas corpus*: pedido de nulidade do decreto presidencial. (...) ***Prisão administrativa.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

El Hipótese. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Hipóteses: improbidade, abuso de poder econômico ou de poder político, violação à moralidade. (...) ***Direito político passivo (ius honorum).*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Hipóteses autorizadoras: inocorrência. (...) ***Julgamento.*** RE 406.432-AgR-ED-AgR *RTJ* 220/568

Ct Hipóteses excepcionais de limitação: estado de defesa e estado de sítio. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146

PrSTF Hipóteses previstas na Lei Complementar 135/2010: aplicabilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Pn Homicídio. (...) ***Pena.*** HC 95.136 *RTJ* 222/330

Int Homicídio, lesão corporal, sequestro, assalto, receptação e favorecimento pessoal. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Cv ***Honorários advocatícios.*** Sucumbência: acordo homologado judicialmente. Advogado empregado: sociedade de economia mista. Princípio da moralidade: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 37. CPC/1973, art. 20. Lei 8.906/1994, art. 21. RE 407.908 *RTJ* 222/436

Ct Honorários advocatícios: supressão de condenação em ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57

Ct Humor jornalístico. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

I

PrPn Identidade física do juiz: inaplicabilidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

PrSTF Ilegitimidade ativa. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63

PrPn Ilicitude: ausência. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

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 Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Benefício fiscal. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido. Convênio interestadual: ausência. CF/1988, arts. 150, § 6º; 152; e 155, § 2º, XII, *g*: ofensa. Decreto estadual 27.427/2000/RJ, arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40, redação do Decreto estadual 28.104/2001/RJ: inconstitucionalidade. ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** 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).*** Mercadoria importada. Sujeito ativo: Estado onde situado o estabelecimento jurídico do importador. Desembaraço aduaneiro em Estado diverso: irrelevância. Ausência de circulação da mercadoria no Estado do estabelecimento importador: irrelevância. CF/1988, art. 155, § 2º, IX, *a*. RE 405.457 *RTJ* 222/431

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Operação subsequente: redução da base de cálculo. Mercadoria vendida abaixo do preço de aquisição. Direito de crédito da diferença: ausência. Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 155, § 2º, I, II, *a* e *b*. Lei estadual 2.657/1996/RJ, art. 37, § 1º. RE 437.006 *RTJ* 219/595

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

Trbt ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** Alteração de alíquota: indústria automotiva. Majoração mediante decreto: aplicabilidade imediata. Princípio da anterioridade nonagesimal: ofensa. CF/1988, art. 150, III, *c*. Decreto 7.567/2011, art. 16: suspensão cautelar. ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

Ct Imprensa e democracia: relação de interdependência. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Improcedência da ação: declaração de constitucionalidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrSTF Impugnação de todos os fundamentos do acórdão recorrido: inocorrência. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Ct ***Imunidade parlamentar material.*** Deputado federal. Declarações a veículo de imprensa escrita fora das dependências do Congresso Nacional. Nexo de causalidade entre a manifestação e o exercício do mandato. Responsabilidade civil por danos morais: inocorrência. CF/1988, art. 53, *caput*. RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Trbt ***Imunidade tributária.*** 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

Trbt ***Imunidade tributária.*** Taxa de licença e verificação fiscal. Fixação de poste para sustentação da rede elétrica. Operação relativa a energia elétrica. CF/1988, art. 155, § 3º, redação da EC 3/1993. RE 391.623 *RTJ* 219/592

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Empresa delegatária de serviço público federal: sociedade de economia mista. Intuito lucrativo: ausência. Princípio da livre concorrência: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 150, VI, *a*. RE 253.472 *RTJ* 219/558

Adm Inadimplência do contratado: encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

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 – AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Trbt Incidência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

PrSTF Inconstitucionalidade persistente e atual. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Int Indeferimento. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

Adm Indenização: não cabimento. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

PrSTF Inelegibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El ***Inelegibilidade.*** Hipótese. Alcance de atos e fatos anteriores à lei nova: possibilidade. Condições de elegibilidade: estatuto jurídico eleitoral. Princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da vedação do retrocesso: ofensa inocorrente. Princípio da presunção de inocência: relativização da eficácia irradiante extrapenal. CF/1988, art. 5º, XXXVI e LVII. ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239 – HC 104.075 *RTJ* 219/504

Ct Ingresso na carreira após a promulgação da CF/1988. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

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

Int Inquérito policial ou processo penal no Brasil: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrPn Inquirição de testemunha: deputado federal. (...) ***Instrução criminal.*** AP 421-QO *RTJ* 222/11

Ct Inscrição no conselho profissional da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB): não exigência. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457

PrPn ***Instrução criminal.*** Audiência de instrução e julgamento. Uso de algemas: excepcionalidade devidamente fundamentada. Súmula Vinculante 11: ofensa inocorrente. Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

PrPn ***Instrução criminal.*** Inquirição de testemunha: deputado federal. Ajuste do dia, hora e local para a oitiva: prerrogativa parlamentar. Decurso de mais de trinta dias sem atender aos chamados da justiça: perda da prerrogativa parlamentar. Frustração da oitiva sem justa causa: inadmissibilidade. CPP/1941, art. 221, *caput*. AP 421-QO *RTJ* 222/11

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

PrCv Intempestividade. (...) ***Recurso.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

PrPn Interceptação ambiental. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

Pn Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn ***Interceptação telefônica.*** Ilicitude: ausência. Elevado número de terminais e prorrogação sucessiva: possibilidade. Fatos complexos e graves: organização criminosa. Degravação integral e por perito oficial: desnecessidade. Lei 9.296/1996, arts. 4º, 5º, 6º e 9º. HC 106.244 *RTJ* 222/401

PrPn Interceptação telefônica. (...) ***Prova criminal.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

Pn ***Interpelação judicial.*** Destinação: hipótese de ofensa equívoca. Procedimento ritual das notificações avulsas. Medida processual facultativa. Procedimento de natureza cautelar. Função instrumental: medida

	preparatória de ação penal de crime contra a honra. CP/1940, art. 144. Pet 4.892 *RTJ* 222/665
PrCv	Interposição antes da publicação do acórdão. (...) ***Recurso.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589
PrSTF	Interposição posterior: irrelevância. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606
Cv	Interpretação constitucional: sentido aberto. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212
Trbt	Interpretação extensiva: inexistência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50
Pn	Interpretação extensiva: inocorrência. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 105.542 *RTJ* 222/380
PrPn	Interrogatório. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16
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
PrPn	Intimação das partes: desnecessidade. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24
PrSTF	Intimação do acórdão recorrido anterior à Emenda Regimental 21/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 684.418-AgR *RTJ* 220/606
PrPn	Intimação do réu para constituir novo advogado: inocorrência. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340
PrPn	Intimação dos peritos: dez dias de antecedência. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24
PrPn	Intimação em nome de advogado falecido: impossibilidade. (...) ***Acórdão criminal.*** RHC 104.723 *RTJ* 222/368
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 Intuito lucrativo: ausência. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

PrPn Inversão da acusação conforme a nova versão dos fatos reconhecidos em Plenário. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

El Inviolabilidade do voto: garantia da liberdade de manifestação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

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

PrPn Juíza-presidente: indeferimento. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

PrSTF Julgamento. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrSTF Julgamento. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

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

PrSTF Julgamento conjunto com ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct Julgamento de lide entre Estados soberanos: incompetência do STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

PrPn Julgamento desmembrado: absolvição do réu acusado de participação. (...) ***Júri.*** HC 82.980 *RTJ* 222/276

PrSTF Julgamento do RE 633.703 com repercussão geral: mudança do entendimento da Corte. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrPn Julgamento do recurso que transmudou absolvição em condenação. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

PrPn ***Júri.*** Concurso de pessoas: réus denunciados por autoria e participação. Julgamento desmembrado: absolvição do réu acusado de participação. Absolvição do acusado por autoria no Júri subsequente: reconhecimento de participação e inversão da imputação da autoria ao partícipe absolvido. Formação de novo libelo acusatório para julgamento em nova ação penal: possibilidade. Inversão da acusação conforme a nova versão dos fatos reconhecidos em Plenário. Coisa

julgada do primeiro Júri: inocorrência. Correlação obrigatória entre pronúncia, libelo e quesitação: paridade de armas entre acusação e defesa. CPP/1941, art. 110, § 2º: inteligência. CPP/1941, art. 384, *caput* e parágrafo único: inaplicabilidade na segunda fase do rito. HC 82.980 *RTJ* 222/276

PrPn ***Júri.*** Nulidade inocorrente. Apuração dos votos. Alcance da maioria dos votos em determinado sentido. Consignação do número de votos afirmativos e negativos: desnecessidade. Prejuízo à defesa: ausência. CPP/1941, arts. 483, § 1º e § 2º, 488 e 563. Súmula 523 do STF. HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn ***Júri.*** Testemunha da defesa: imprescindibilidade. Não comparecimento: atestado médico. Necessidade da inquirição: reiteração pelo réu. Juíza-presidente: indeferimento. Direito de defesa: ofensa. Devido processo legal: direito à prova. Nulidade processual absoluta. CPP/1941, art. 461, *caput*, redação da Lei 11.689/2008. HC 96.905 *RTJ* 222/340

Ct Justiça comum. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

PrPn Justiça comum estadual. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

PrPn Justiça Federal. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

Ct Justiça Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

PrPn Justiça Militar: incompetência absoluta. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

PrPn Justificativa e fundamentação da prisão: ausência. (...) ***Prisão administrativa.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

L

Pn Latrocínio e roubo: bens jurídicos distintos. (...) ***Crime continuado.*** HC 87.089 *RTJ* 220/388

PrPn Laudo pericial. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

PrPn Legitimidade. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133 – ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrCv Legitimidade ativa. (...) ***Mandado de injunção coletivo.*** MI 3.322 *RTJ* 222/653

PrCv Legitimidade ativa. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

PrPn Lei 6.815/1980, art. 69. (...) ***Prisão administrativa.*** HC 101.528 *RTJ* 222/359

Int Lei 6.815/1980, arts. 82 e 84, parágrafo único: recepção pela CF/1988. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

TrGr Lei 7.394/1985, art. 16. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

El Lei 7.454/1985, art. 4º. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

PrSTF Lei 7.746/1989, art. 1º, I. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

PrPn Lei 8.038/1990, art. 7º. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16

Pn Lei 8.137/1990, art. 1º. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Adm Lei 8.213/1991, art. 57, § 1º: aplicabilidade por analogia. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Trbt Lei 8.383/1991, art. 86, § 2º: constitucionalidade. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Adm Lei 8.666/1993, art. 71, § 1º, redação da Lei 9.032/1995: constitucionalidade. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrPn Lei 8.906/1994, art. 4º, parágrafo único. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459

Ct Lei 8.906/1994, arts. 8º, IV e § 1º, e 44, II: constitucionalidade. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550

Cv Lei 8.906/1994, art. 21. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Pn Lei 8.977/1995, art. 35: norma penal em branco inversa. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn Lei 9.034/1995, art. 2º, II e IV. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn Lei 9.099/1995, art. 89, § 5º. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrPn Lei 9.296/1996, arts. 4º, 5º, 6º e 9º. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

Ct Lei 9.311/1996: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 389.808 *RTJ* 220/540

El	Lei 9.504/1997, art. 45, II, III, § 4º e § 5º: suspensão cautelar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
El	Lei 9.504/1997, art. 91-A, *caput*, redação da Lei 12.034/2009: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356
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
Ct	Lei 9.788/1999, art. 4º. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611
PrSTF	Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277 – ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356
PrSTF	Lei 9.868/1999, art. 14, III. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11
PrSTF	Lei 9.868/1999, art. 23 e parágrafo único. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158
PrSTF	Lei 9.882/1999, art. 2º, I. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63
Pn	Lei 10.826/2003, arts. 14, 16, 30 e 32. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450
Pn	Lei 10.826/2003, art. 16. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317
Adm	Lei 10.842/2004. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486
PrPn	Lei 11.340/2006, art. 41: constitucionalidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521
Ct	Lei 11.343/2006, art. 33, § 2º: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146
Pn	Lei 11.343/2006, arts. 33, § 4º, e 44, expressões: inconstitucionalidade. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402
PrCv	Lei 11.419/2006, art. 4º, § 3º. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420
PrPn	Lei 11.719/2008: inaplicabilidade. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16
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

El Lei 12.034/2009, art. 5º: suspensão cautelar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

PrSTF Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*, redação da Lei Complementar 135/2010. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

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 123/2006, art. 13, § 6º: constitucionalidade. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

El Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

Trbt Lei Complementar estadual 165/1999/RN, art. 240: inconstitucionalidade. (...) ***Custas e emolumentos.*** ADI 3.334 *RTJ* 220/145

Pn Lei de Execução Penal (LEP), art. 50, VII. (...) ***Execução penal.*** HC 105.973 *RTJ* 222/386

Pn Lei de Execução Penal (LEP), arts. 50, VII, e 127. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Int Lei de Falência anterior: estatuto penal menos gravoso. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Ct Lei distrital 2.769/2001/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

PrPn Lei do Juizado Especial: inaplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

Trbt Lei específica: necessidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

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

Trbt Lei estadual 2.657/1996/RJ, art. 37, § 1º. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

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 6.489/2002/PA, expressão "remissão, anistia": inconstitucionalidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

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

TrPrv Lei estadual 12.398/1998/PR, arts. 28, I, 69, I, 78, I e II, e 79, expressões; e arts. 78, § 1º, *b* e *c*: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 69, I, expressão "segurados": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 79, *caput*, expressões: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Ct Lei estadual 12.775/2003/SC: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

Adm Lei estadual 14.351/2004/PR, art. 299: inconstitucionalidade. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77

Adm Lei estadual 15.224/2005/GO, art. 16-A, XI, XII, XIII, XIX, XX, XXIV e XXV: inconstitucionalidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

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

Ct Lei Orgânica do Município de Betim/MG, art. 99, parágrafo único: inconstitucionalidade. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

PrSTF Lei Orgânica do Município de Caxambu/MG, arts. 34, § 1º, e 74, XVIII. (...) ***Medida cautelar.*** AC 2.771-MC *RTJ* 222/648

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

PrSTF Lesão à economia pública. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF Lesão à ordem pública e administrativa. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF Lesividade a direito da parte: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Pn *Lex mitior*: ultratividade. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn Liberdade de escolha do próprio defensor pelo réu: ofensa. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

Ct Liberdade de exercício profissional. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457 – RE 603.583 *RTJ* 222/550

Ct Liberdade de expressão: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Censura prévia: inadmissibilidade. Atividade legislativa: dever de omissão. Conteúdo: rol de liberdades. Liber-

dade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de acesso à informação: bens da personalidade. Imprensa e democracia: relação de interdependência. CF/1988, arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Humor jornalístico. Charge e caricatura: pensamento crítico, informação e criação artística. Constrições em período eleitoral: inadmissibilidade. Abusos: responsabilidade civil, penal e direito de resposta. Restrição excepcional no período de estado de sítio. CF/1988, arts. 5º, V; 139, *caput* e III; e 220, § 1º. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Liberdade de imprensa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça indireta. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

Ct Liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de acesso à informação: bens da personalidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct Liberdade de reunião, de expressão e de informação. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146

Ct Licença prévia da Câmara Municipal. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

Adm Licença-maternidade. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

PrPn Licitude. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490 – RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

PrSTF Limitação do efeito: momento da prolação da sentença na ação principal. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

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

Pn Livramento condicional e comutação da pena: distinção. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

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

Ct Loman/1979, art. 102. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

M

PrPn Magistrado: atuação sucessiva na jurisdição civil e na criminal decorrente do mesmo fato. (...) ***Impedimento.*** HC 97.544 *RTJ* 220/451

Ct Magistrado egresso da advocacia ou do Ministério Público: mesmos direitos do magistrado de carreira. (...) ***Superior Tribunal de Justiça (STJ).*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Adm ***Magistratura.*** Promoção na carreira. Aferição de antiguidade: critério de desempate. Alteração superveniente do regimento interno: questão de direito intertemporal. Aplicabilidade da norma vigente ao tempo da posse dos interessados. Princípio *tempus regit actum*. RMS 26.079 *RTJ* 222/269

Trbt Majoração mediante decreto: aplicabilidade imediata. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrSTF ***Mandado de injunção.*** Decisão monocrática. Aposentadoria especial. Questão de ordem decidida no MI 795. CF/1988, art. 40, § 4º. MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Adm Mandado de injunção: correlação entre a imposição constitucional de legislar e o direito subjetivo à legislação. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

PrCv ***Mandado de injunção coletivo.*** Legitimidade ativa. Organização sindical e entidade de classe. MI 3.322 *RTJ* 222/653

PrCv ***Mandado de segurança.*** Cabimento. Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Norma de efeito concreto. Resolução 5/2006-CNMP. Súmula 266 do STF: inaplicabilidade. MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrCv ***Mandado de segurança.*** Tempestividade: divergência. Data da disponibilização e da publicação: distinção. Diário da Justiça eletrônico: certidão com fé pública sob condição resolutiva. Direito de defesa: possibilidade de exercício. Lei 11.419/2006, art. 4º, § 3º. RMS 28.056 *RTJ* 219/420

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: lista da coligação. Partidos políticos e coligações partidárias: natureza jurídica e finalidades. Revisão jurisprudencial: *prospective overruling*. Resposta à Consulta 1.398/2007 do TSE. MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

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 artística protegida pela liberdade de expressão. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457

Ct Manifestação cultural: não caracterização. (...) ***Meio ambiente.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Ct "Marcha da maconha". (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ADI 4.274 *RTJ* 222/146

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

PrSTF Máxima efetividade da jurisdição constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Adm Médico perito, auditor de controle interno, produtor jornalístico, repórter fotográfico, perito psicológico, enfermeiro e motorista. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Exame monocrático pelo relator: situação de extrema urgência. Referendo do Plenário. Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento. Procedimento de urgência: risco de eventual perecimento de direito. Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade: suspensão cautelar. Efeito *ex tunc*. ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164

PrSTF ***Medida cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Pressupostos inocorrentes. Requisição de informações pela Câmara Municipal em face do Poder Executivo local. Lei Orgânica do Município de Caxambu/MG, arts. 34, § 1º, e 74, XVIII. AC 2.771-MC *RTJ* 222/648

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

PrPn Medida liminar indeferida por relator do STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475 – HC 106.976 *RTJ* 222/413

Pn Medida processual facultativa. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Ct ***Medida provisória.*** Requisitos: urgência e relevância. Controle jurisdicional: admissibilidade excepcional. CF/1988, art. 2º: ofensa inocorrente. ADI 2.736 *RTJ* 222/57

Ct Medida Provisória 2.164-41/2001, art. 9º: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57

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

Pn Mentor intelectual e controlador final da ação delitiva. (...) ***Pena-base.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

Trbt Mercadoria importada. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 405.457 *RTJ* 222/431

Trbt Mercadoria vendida abaixo do preço de aquisição. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

Trbt ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** Contribuição sindical patronal: isenção. Regime especial de arrecadação de tributos e contribuições: tratamento diferenciado. Sindicato patronal e de representação dos trabalhadores: potencial de custeio distinto. Supersimples. CF/1988, arts. 146, III, *d*; 150, § 6º; e 170, IX: ofensa inocorrente. Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 6º: constitucionalidade. ADI 4.033 *RTJ* 219/195

El Mídia escrita, sonora e de sons e imagens: diferenciação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct ***Ministério Público.*** Promotor de justiça. Ingresso na carreira após a promulgação da CF/1988. Exercício de outro cargo ou função pública: vedação. CF/1988, art. 128, § 5º, II, *d*. Resolução 5/2006-CNMP. MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct Ministério Público: função institucional. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Ct Ministro do STJ: prerrogativa de foro. (...) ***Competência originária.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Ct Modelo federal: observância compulsória. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

Trbt Multa de caráter confiscatório: vedação. (...) ***Tributo.*** ARE 637.717-AgR *RTJ* 220/599

Ct Músico. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457

PrPn *Mutatio libelli*: desnecessidade. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

N

PrPn Não comparecimento: atestado médico. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

Pn Não configuração. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Ct	Não conhecimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184
Ct	Não entrega do extraditando: ato de soberania do Estado brasileiro. (...) ***Reclamação.*** Rcl 11.243 *RTJ* 222/184
TrPrv	Não incidência. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
Ct	Não recepção da lei de imprensa: irrelevância. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628
Int	Naturalização: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
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
PrPn	Necessidade da inquirição: reiteração pelo réu. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340
Adm	Nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano: ocorrência. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500
Ct	Nexo de causalidade entre a manifestação e o exercício do mandato. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632
Adm	Nomeação. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609
Adm	Nomeação: ausência. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647
PrPn	Nomeação de defensor público. (...) ***Defesa criminal.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340
Int	Norma aplicável: legislação vigente à época do fato. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
Adm	Norma constitucional: eficácia limitada. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626
PrCv	Norma de efeito concreto. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391
PrSTF	Norma de efeito concreto: inocorrência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481
PrSTF	Norma de parâmetro: indicação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18
PrSTF	Norma impugnada: lei municipal contestada em face de Constituição estadual. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

PrSTF Norma impugnada: repetição de dispositivo constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Adm Norma regulamentadora: ausência. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

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 Núcleo essencial do tipo: não comprovação. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Nulidade absoluta inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 82.899 *RTJ* 220/385

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn Nulidade processual: inocorrência. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Nulidade processual absoluta. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

El Número de identificação do voto e assinatura digital da urna. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

O

Pn Objetividade jurídica da lei de desarmamento: tutela individual e social. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

El Obrigatoriedade de apresentação de documento oficial com foto. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrPn Oitiva de peritos sobre pontos controversos: petição de um dos réus. (...) ***Prova criminal.*** AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

Trbt Operação relativa a energia elétrica. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

Trbt Operação subsequente: redução da base de cálculo. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

El Ordem de suplência: lista da coligação. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278 – MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

El Ordem de suplência: suplente do próprio partido político do parlamentar renunciante. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

Adm Organização e divisão judiciárias: alteração. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

PrCv Organização sindical e entidade de classe. (...) ***Mandado de injunção coletivo.*** MI 3.322 *RTJ* 222/653

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

PrSTF Parâmetro constitucional: alteração substancial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

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

El Partidos políticos e coligações partidárias: natureza jurídica e finalidades. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

Pn Passagem de ônibus: passe livre ao militar da ativa. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

Pn Patrimônio da União: aplicabilidade da causa de aumento. (...) ***Receptação qualificada.*** HC 105.542 *RTJ* 222/380

Trbt Peça sobressalente de equipamento de preparo e acabamento de chapa de impressão *offset*. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 202.149 *RTJ* 220/510

PrPn Peculato: capitulação. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrSTF Pedido da ADC 30: declaração de constitucionalidade de todo o diploma legal. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Pedido de explicações em juízo. (...) ***Competência originária.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

Pn ***Pena.*** Atenuante genérica: inocorrência. Tráfico de entorpecente: prisão em flagrante. Reconhecimento de posse da droga para uso próprio: fato diverso do fato da condenação. Confissão espontânea: não configuração. CP/1940, art. 65, III, *d*. HC 108.148 *RTJ* 222/419

Pn ***Pena.*** Causa de diminuição. Arrependimento posterior: requisito. Reparação integral do dano: desnecessidade. Gradação da diminuição da pena: extensão do ressarcimento. CP/1940, art. 16. HC 98.658 *RTJ* 219/434

Pn ***Pena.*** Dosimetria. Homicídio. Dolo eventual e qualificadora: incompatibilidade. CP/1940, art. 121, § 2º, IV. HC 95.136 *RTJ* 222/330

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

Int Pena cumprida em período anterior à prisão preventiva para extradição. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

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 dobro do mínimo legal: descabimento. Conduta social: não consideração de condenação transitada em julgado. Primariedade: afastamento de maus antecedentes. Personalidade do agente: ausência de fundamentação empírica. Consequências do delito: grande prejuízo à vítima. CP/1940, art. 59. HC 97.400 *RTJ* 222/353

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

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação idônea: tráfico de drogas. Grande quantidade de droga apreendida. Mentor intelectual e controlador final da ação delitiva. CP/1940, art. 59. HC 93.876 *RTJ* 222/317

TrPrv Pensão por morte: possibilidade. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

TrPrv Pensionista. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Pensionista. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrCv Perda do objeto: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança preventivo.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Pn Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para progressão. (...) ***Execução penal.*** HC 105.973 *RTJ* 222/386 – RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrSTF Perda parcial do objeto. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

PrPn Perícia: necessidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Pn Perícia para comprovação do potencial lesivo da munição: prescindibilidade. (...) ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** HC 93.876 *RTJ* 222/317

PrPn Período de prova findo. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrPn Período sem autorização judicial: desentranhamento da prova. (...) ***Prova criminal.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

PrPn Perito oficial: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Adm Permissões e autorizações já concedidas. (...) ***Serviço público.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

Pn Permuta recíproca. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

Pn Personalidade do agente: ausência de fundamentação empírica. (...) ***Pena-base.*** HC 97.400 *RTJ* 222/353

PrSTF Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133 – ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Trbt Pessoa jurídica. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Adm Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500

Ct Pessoa jurídica de direito público: titularidade. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

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

TrGr ***Piso salarial.*** Técnico em radiologia. Vinculação ao salário mínimo. Congelamento da base de cálculo: desindexação cautelar. CF/1988, art. 7º, IV. Lei 7.394/1985, art. 16. Súmula Vinculante 4. ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

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

Ct ***Poder Legislativo.*** Licença prévia da Câmara Municipal. Prefeito e vice-prefeito: ausência do país por qualquer período. Modelo federal: observância compulsória. CF/1988, arts. 49, III, e 83 c/c art. 29, *caput*: ofensa. Lei Orgânica do Município de Betim/MG, art. 99, parágrafo único: inconstitucionalidade. RE 317.574 *RTJ* 219/586

Adm Policial civil. (...) ***Servidor público.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133

PrPn Policial militar. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

Pn Policial militar da reserva. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

Adm Portador de deficiência. (...) ***Servidor público.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

Trbt Portaria 441/1992-Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento: constitucionalidade. (...) ***Imposto de Renda (IR).*** RE 231.924 *RTJ* 220/517

Pn ***Porte ilegal de munição de uso restrito.*** Crime de mera conduta. Perícia para comprovação do potencial lesivo da munição: prescindibilidade. Demonstração por outros meios de prova: possibilidade. Objetividade jurídica da lei de desarmamento: tutela individual e social. CP/1940, art. 157, § 2º, I. Lei 10.826/2003, art. 16. HC 93.876 *RTJ* 222/317

Pn Posse de aparelho telefônico e seus componentes: proibição. (...) ***Execução penal.*** HC 105.973 *RTJ* 222/386

Pn	Prazo indeterminado: descabimento. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458
PrPn	Prazo razoável entre a citação e o interrogatório do réu: alegação de inobservância. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480
Ct	***Precatório.*** Execução contra a Fazenda Pública. Custas processuais. Crédito acessório: ausência de autonomia. Fracionamento da execução principal: vedação. CF/1988, art. 100, § 8º, redação da EC 62/2009: ofensa. RE 592.619 *RTJ* 219/603
Cv	Preconceito em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212
PrSTF	Prefeito: ausência de legitimidade para ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63
Ct	Prefeito e vice-prefeito: ausência do país por qualquer período. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586
PrSTF	Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
PrPn	Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510
PrPn	Prejuízo 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
PrPn	Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480
PrSTF	Preliminar formal e fundamentada: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** ARE 664.044-AgR *RTJ* 220/602
PrCv	Preparo: desnecessidade. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589
PrSTF	Prequestionamento: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 597.133 *RTJ* 219/611
Ct	Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 3.288 *RTJ* 220/133
PrPn	Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. (...) ***Ação penal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444
Int	Prescrição da pretensão executória. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11
PrPn	Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Pn	Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 109.966 *RTJ* 220/489
Int	Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
PrPn	Prescrição inocorrente. (...) ***Ação penal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444
Int	Prescrição inocorrente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
Pn	Prescrição inocorrente. (...) ***Medida de segurança.*** HC 97.621 *RTJ* 220/458
Int	Pressuposto. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94
PrSTF	Pressupostos de admissibilidade. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 16 *RTJ* 219/11
Adm	Pressupostos de admissibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159
PrCv	Pressupostos inocorrentes. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122
PrSTF	Pressupostos inocorrentes. (...) ***Medida cautelar.*** AC 2.771-MC *RTJ* 222/648
Adm	Preterição: inocorrência. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609
PrSTF	Prévia dotação orçamentária: ausência. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44
Pn	Primariedade: afastamento de maus antecedentes. (...) ***Pena-base.*** HC 97.400 *RTJ* 222/353
PrPn	Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480
El	Princípio da anterioridade eleitoral: garantia constitucional do devido processo eleitoral, da igualdade de chances e das minorias. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462
El	Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11
Trbt	Princípio da anterioridade nonagesimal: ofensa. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** ADI 4.661-MC *RTJ* 222/164
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

PrPn Princípio da especialidade. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16

PrPn Princípio da especialidade. (...) ***Emendatio libelli.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Cv Princípio da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

Trbt Princípio da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

Pn Princípio da individualização da pena e da proporcionalidade. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

El Princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da vedação do retrocesso: ofensa inocorrente. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

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

Adm Princípio da legalidade e da eficiência. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486

Adm Princípio da legalidade e da moralidade: ofensa. (...) ***Serviço público.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

TrGr Princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Trbt Princípio da livre concorrência: ofensa inocorrente. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Cv Princípio da moralidade: ofensa inocorrente. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Trbt Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

El Princípio da presunção de inocência: relativização da eficácia irradiante extrapenal. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade de exercício da profissão. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550

El Princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

Ct Princípio da publicidade e da intimidade: conflito aparente. (...) ***Servidor público.*** SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

El Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação. (...) ***Direito político passivo (ius honorum).*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Adm Princípio da reserva legal: ofensa. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Adm Princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521

Ct Princípio da soberania popular e da cidadania: ofensa inocorrente. (...) ***Estado-membro.*** ADI 2.650 *RTJ* 220/89

PrPn Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa. (...) ***Acórdão criminal.*** RHC 104.723 *RTJ* 222/368

Ct Princípio do devido processo legal: ofensa. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

El Princípio do devido processo legal eleitoral. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.260 *RTJ* 220/278

Adm Princípio do Estado de Direito. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521

Ct Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

PrPn Princípio do *ne bis in idem*: ofensa inocorrente. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

Adm Princípio *tempus regit actum*. (...) ***Magistratura.*** RMS 26.079 *RTJ* 222/269

PrPn Princípio *tempus regit actum*. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Cv Princípios de Yogyakarta. (...) ***Entidade familiar.*** RE 477.554-AgR *RTJ* 220/572

PrPn ***Prisão administrativa.*** Desnecessidade. Expulsão de estrangeiro. *Habeas corpus*: pedido de nulidade do decreto presidencial. Justificativa e fundamentação da prisão: ausência. Lei 6.815/1980, art. 69. HC 101.528 *RTJ* 222/359

PrPn Prisão arbitrária ou decisão teratológica: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.976 *RTJ* 222/413

Int Prisão cautelar do extraditando. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

PrPn ***Prisão especial.*** Descabimento. Policial militar. Trânsito em julgado da sentença condenatória: ocorrência. CPP/1941, art. 295. HC 102.020 *RTJ* 219/487

Int Prisão perpétua. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Int Prisão preventiva cumprida no Brasil. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Pn Privativa de liberdade. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396 – HC 97.256 *RTJ* 220/402

PrPn Procedimento. (...) ***Processo criminal.*** HC 95.969 *RTJ* 222/334

Pn Procedimento de natureza cautelar. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

PrSTF Procedimento de urgência: risco de eventual perecimento de direito. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrPn Procedimento específico previsto na Lei 8.038/1990. (...) ***Ação penal originária.*** AP 470-QO-oitava *RTJ* 222/16

Pn Procedimento ritual das notificações avulsas. (...) ***Interpelação judicial.*** Pet 4.892 *RTJ* 222/665

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

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Defensor constituído: advogado licenciado da OAB. Prejuízo não demonstrado. CPP/1941, art. 565. Lei 8.906/1994, art. 4º, parágrafo único. Súmula 523 do STF. HC 99.457 *RTJ* 219/459

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Prazo razoável entre a citação e o interrogatório do réu: alegação de inobservância. Prejuízo não demonstrado. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. CPP/1941, art. 563. Súmula 523 do STF. HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn ***Processo criminal.*** Procedimento. Crime funcional: concurso com crime não funcional. Defesa preliminar: desnecessidade. Devido processo legal e ampla defesa: ofensa inocorrente. CPP/1941, art. 514: inaplicabilidade. HC 95.969 *RTJ* 222/334

PrPn ***Processo criminal.*** Violência doméstica e familiar contra a mulher. Contravenção penal: vias de fato. Lei do Juizado Especial: inaplica-

bilidade. CF/1988, art. 226, § 8º. Lei 11.340/2006, art. 41: constitucionalidade. HC 106.212 *RTJ* 219/521

PrPn Processo criminal: nulidade inocorrente. (...) ***Prova criminal.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

El ***Processo eleitoral.*** Alteração. Causa de inelegibilidade. Aplicabilidade imediata: impossibilidade. Fases do processo eleitoral: momento da aferição da condição de elegibilidade. Princípio da anterioridade eleitoral: garantia constitucional do devido processo eleitoral, da igualdade de chances e das minorias. Repercussão geral: reconhecimento. CF/1988, arts. 14, § 9º, e 16. Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. RE 633.703 *RTJ* 221/462

El ***Processo eleitoral.*** Alteração. Causa de inelegibilidade. Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa. CF/1988, art. 16. Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. ADC 29 *RTJ* 221/11

El ***Processo eleitoral.*** Propaganda política. Mídia escrita, sonora e de sons e imagens: diferenciação. Rádio e televisão: serviços públicos. Utilização de espectro de radiofrequências: dever de imparcialidade perante os candidatos. Trucagem, montagem e outros recursos de áudio e vídeo: vedação. Difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes: vedação em caso de favorecimento. Liberdade de imprensa: ofensa inocorrente. Lei 9.504/1997, art. 45, II, III, § 4º e § 5º: suspensão cautelar. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El ***Processo eleitoral.*** Voto impresso. Número de identificação do voto e assinatura digital da urna. Segurança do sistema eleitoral: risco. Sigilo do voto: direito fundamental. Inviolabilidade do voto: garantia da liberdade de manifestação. CF/1988, arts. 14 e 60, § 4º, II. Lei 12.034/2009, art. 5º: suspensão cautelar. ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

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

Ct Profissão de motoboy: regulamentação. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Trbt Programa de computador (*software*). (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Adm Promoção na carreira. (...) ***Magistratura.*** RMS 26.079 *RTJ* 222/269

Ct Promotor de justiça. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

El Propaganda política. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Adm Prorrogação: inocorrência. (...) ***Concurso público.*** RE 581.113 *RTJ* 222/486

Adm Prorrogação automática por igual período sem licitação. (...) ***Serviço público.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

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.*** Interceptação telefônica. Período sem autorização judicial: desentranhamento da prova. Contaminação do conjunto probatório: derivação inexistente. Processo criminal: nulidade inocorrente. Teoria da descoberta inevitável. CF/1988, art. 5º, LVI. HC 106.244 *RTJ* 222/401

PrPn ***Prova criminal.*** Laudo pericial. Oitiva de peritos sobre pontos controversos: petição de um dos réus. Audiência de inquirição: participação de todos os corréus. Formulação de perguntas sobre pontos diversos: impossibilidade. Intimação dos peritos: dez dias de antecedência. Intimação das partes: desnecessidade. CPP/1941, art. 159, § 5º, I. AP 470-AgR-décimo terceiro *RTJ* 222/24

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.*** Licitude. Interceptação ambiental. Ação controlada: preparação de flagrante. Lei 9.034/1995, art. 2º, II e IV. HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn ***Prova criminal.*** Nulidade inocorrente. Furto qualificado: rompimento de obstáculo. Perícia: necessidade. Perito oficial: ausência. Designação de dois profissionais com curso superior. Relação entre a habilitação técnica e a natureza do exame realizado: inexistência. CPP/1941, arts. 159, § 1º, e 171. HC 99.035 *RTJ* 219/444

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 ***Prova pericial.*** Exame de corpo de delito: inexistência. Suprimento por outras provas. Nulidade processual: inocorrência. CPP/1941, arts. 158 e 566. AP 372 *RTJ* 221/239

Adm Provimento e remoção. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Adm Provimento em comissão: inconstitucionalidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

PrCv Publicação: irrelevância. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

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 Questão de ordem decidida no MI 795. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

PrPn Questão não apreciada pelo STJ: princípio da insignificância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrSTF *Quorum* mínimo de maioria absoluta: necessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.167 *RTJ* 220/158

R

El Rádio e televisão: serviços públicos. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

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

Pn ***Receptação qualificada.*** Bem pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública prestadora de serviço público: equiparação à Fazenda Pública. Patrimônio da União: aplicabilidade da causa de aumento. Interpretação extensiva: inocorrência. CP/1940, art. 180, § 6º. HC 105.542 *RTJ* 222/380

Ct ***Reclamação.*** Não conhecimento. Alegação de descumprimento do acórdão na Ext 1.085. Extradição deferida. Não entrega do extraditando: ato de soberania do Estado brasileiro. Contestação pelo Estado italiano. Julgamento de lide entre Estados soberanos: incompetência do STF. Corte Internacional de Haia. CF/1988, arts. 1º; 4º, I; e 84, VII. Carta das Nações Unidas, art. 92. Rcl 11.243 *RTJ* 222/184

PrSTF Reconhecimento da procedência do pedido: postulação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.856 *RTJ* 220/18

Pn Reconhecimento de posse da droga para uso próprio: fato diverso do fato da condenação. (...) ***Pena.*** HC 108.148 *RTJ* 222/419

TrGr Reconhecimento pelo ministro de Estado do Trabalho. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

PrCv ***Recurso.*** Intempestividade. Interposição antes da publicação do acórdão. RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

Adm ***Recurso administrativo.*** Pressupostos de admissibilidade. Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrPn Recurso de apelação da defesa: provimento negado. (...) ***Acórdão criminal.*** RHC 104.723 *RTJ* 222/368

Pn Recurso de natureza extraordinária: pendência. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Cabimento. Norma impugnada: lei municipal contestada em face de Constituição estadual. Reprodução de dispositivo da Constituição Federal. Norma de efeito concreto: inocorrência. RE 422.591 *RTJ* 222/481

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Descabimento. Sucedâneo de mandado de injunção. RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Inadmissibilidade. Impugnação de todos os fundamentos do acórdão recorrido: inocorrência. Súmula 283 do STF. AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

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.*** Prequestionamento: ausência. CF/1988, arts. 93, III; 94; e 98, I: alegação de ofensa. RE 597.133 *RTJ* 219/611

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
Adm	Recusa da nomeação pela administração pública: situações excepcionais. (...) ***Concurso público.*** RE 598.099 *RTJ* 222/521
Trbt	Redução de alíquota e concessão de crédito presumido. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187
PrSTF	Referendo do Plenário. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277
PrSTF	Reforma do acórdão recorrido: economia processual e isonomia. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438
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
Trbt	Regime especial de arrecadação de tributos e contribuições: tratamento diferenciado. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195
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. 13, IX, *b*. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438
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
Adm	Regras gerais para realização de concurso público. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116
Adm	Regulamentação: necessidade. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626
Ct	Regulamentação do requisito de qualificação profissional: inexistência de delegação legislativa. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550
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 Relação de confiança entre servidor nomeado e superior hierárquico: desnecessidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 3.602 *RTJ* 222/83

PrPn Relação entre a habilitação técnica e a natureza do exame realizado: inexistência. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Trbt Remissão e anistia. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

Adm Remoção. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Adm Remoção de notários ou registradores. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77

Adm ***Remuneração.*** Servidor público. Folha de pagamento. Disponibilidade de caixa: não caracterização. Depósito em banco privado: possibilidade. CF/1988, art. 164, § 3º: ofensa inocorrente. AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

Adm Reorganização administrativa por resolução. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Pn Reparação integral do dano: desnecessidade. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

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

El Repercussão geral: reconhecimento. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

PrPn Repercussão geral reconhecida. (...) ***Prova criminal.*** RE 583.937-QO-RG *RTJ* 220/589

PrSTF Reprodução de dispositivo da Constituição Federal. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

Adm Requerimento ao Conselho da Magistratura: aprovação discricionária. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 3.248 *RTJ* 222/77

PrSTF Requisição de informações pela Câmara Municipal em face do Poder Executivo local. (...) ***Medida cautelar.*** AC 2.771-MC *RTJ* 222/648

Pn Requisito objetivo: cumprimento. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

Ct Requisitos: urgência e relevância. (...) ***Medida provisória.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57

Adm Resolução 2/2008-Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás: inconstitucionalidade formal. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Adm Resolução 4/2008-Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás: constitucionalidade. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

PrCv Resolução 5/2006-CNMP. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct Resolução 5/2006-CNMP. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

El Resolução 22.580/2007-TSE. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 29.988-MC *RTJ* 220/266

El Resolução 23.218/2010-TSE, art. 47, § 1º: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrCv Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Indenização: não cabimento. Concurso público: cargos vagos. Nomeação: ausência. Súmula 15 do STF: inaplicabilidade. AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Acidente de trânsito: transporte coletivo. Dano a terceiro não usuário do serviço. Nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano: ocorrência. Responsabilidade objetiva: aplicabilidade. Teoria do risco administrativo. CF/1988, art. 37, § 6º: alcance. RE 591.874 *RTJ* 222/500

Ct Responsabilidade civil por danos morais: inocorrência. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Adm Responsabilidade contratual subsidiária: inocorrência. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF Responsabilidade da União como regular patrocinadora. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

Adm Responsabilidade objetiva: aplicabilidade. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500

PrPn Responsabilidade penal objetiva: vedação. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Resposta à Consulta 1.398/2007 do TSE. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

PrCv Ressarcimento de dano ao erário: imprescritibilidade. (...) ***Ação civil pública.*** AI 712.435-AgR *RTJ* 222/603

Ct Restrição excepcional no período de estado de sítio. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Restrição por lei: possibilidade. (...) ***Direito político passivo (ius honorum).*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn Réu preso: inocorrência. (...) ***Intimação criminal.*** HC 98.218 *RTJ* 220/464

El Revisão jurisprudencial: *prospective overruling*. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 30.380-MC *RTJ* 222/671

Pn Revogação de livramento condicional: irrelevância. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

PrPn Revogação posterior: possibilidade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

Ct Risco de dano à coletividade: ausência. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 414.426 *RTJ* 222/457

Ct Risco de dano à coletividade: possibilidade. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** RE 603.583 *RTJ* 222/550

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

El Segurança do sistema eleitoral: risco. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

PrPn ***Sentença condenatória.*** Identidade física do juiz: inaplicabilidade. Decisão anterior à Lei 11.719/2008. Princípio *tempus regit actum*. HC 104.075 *RTJ* 219/504

Pn Sentença condenatória recorrível. (...) ***Pena.*** HC 93.857 *RTJ* 220/396

Ct Sentença de improcedência em ação penal privada: obrigatoriedade de publicação em jornal impresso. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.695-MC *RTJ* 222/628

Int Sentença do Tribunal de Menores de Roma. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.140 *RTJ* 220/11

PrPn Separação dos processos: necessidade. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

TrPrv Serviço de assistência à saúde: custeio. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Adm Serviço notarial e de registro. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Adm ***Serviço notarial e de registro.*** Provimento e remoção. Regras gerais para realização de concurso público. CF/1988, art. 236, § 3º. Resolução 4/2008-Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás: constitucionalidade. ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Adm ***Serviço notarial e de registro.*** Remoção de notários ou registradores. Requerimento ao Conselho da Magistratura: aprovação discricionária. Concurso público: ausência. Atos administrativos realizados até regularização: confirmação. CF/1988, art. 236, § 3º. Lei estadual 14.351/2004/PR, art. 299: inconstitucionalidade. ADI 3.248 *RTJ* 222/77

Adm ***Serviço notarial e de registro.*** Reorganização administrativa por resolução. Organização e divisão judiciárias: alteração. Serviços auxiliares dos tribunais: distinção. Princípio da reserva legal: ofensa. CF/1988, arts. 96, II, *d*, e 125, § 1º. Resolução 2/2008-Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás: inconstitucionalidade formal. ADI 4.140 *RTJ* 222/116

Adm ***Serviço público.*** Transporte coletivo de passageiros. Permissões e autorizações já concedidas. Prorrogação automática por igual período sem licitação. Princípio da legalidade e da moralidade: ofensa. RE 422.591 *RTJ* 222/481

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

Adm Serviços auxiliares dos tribunais: distinção. (...) ***Serviço notarial e de registro.*** ADI 4.140 *RTJ* 222/116

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

Adm ***Servidor público.*** Aposentadoria especial. Portador de deficiência. Norma regulamentadora: ausência. Mandado de injunção: correlação entre a imposição constitucional de legislar e o direito subjetivo à legislação. CF/1988, art. 40, § 4º, I. Lei 8.213/1991, art. 57, § 1º:

aplicabilidade por analogia. MI 1.967 *RTJ* 222/617 – MI 3.322 *RTJ* 222/653

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

Ct Servidor público. (...) ***Greve.*** AI 824.949-AgR *RTJ* 222/607

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

Adm Servidor público. (...) ***Remuneração.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

TrPrv Servidor público inativo. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Servidor público inativo. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Adm ***Servidora pública gestante.*** Cargo em comissão. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Comunicação prévia da gravidez: desnecessidade. CF/1988, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 10, II, *b*. RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

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

El Sigilo do voto: direito fundamental. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

TrGr ***Sindicato.*** Criação. Reconhecimento pelo ministro de Estado do Trabalho. Consulta a um terço dos interessados: requisito não recepcionado pela CF/1988. Princípio da liberdade de associação e da

liberdade sindical. CF/1988, art. 8º, *caput*, I e II. CLT/1943, art. 515, *a* e parágrafo único. RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Trbt Sindicato patronal e de representação dos trabalhadores: potencial de custeio distinto. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Int Sistema de contenciosidade limitada. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100 – Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Ct Sistema Financeiro Nacional. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

PrSTF Situação excepcional. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

Pn Sonegação fiscal: declaração de imposto de renda. (...) ***Falsidade ideológica.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Int Substituição por liberdade vigiada ou outro meio alternativo: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

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

PrSTF Sucedâneo de mandado de injunção. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrPn Sucedâneo de recurso ordinário. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Sucedâneo de recurso ordinário: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.079 *RTJ* 220/479

Cv Sucumbência: acordo homologado judicialmente. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 407.908 *RTJ* 222/436

Trbt Sujeito ativo: Estado onde situado o estabelecimento jurídico do importador. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 405.457 *RTJ* 222/431

Int Súmula 2 do STF: insubsistência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

Adm Súmula 15 do STF: inaplicabilidade. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Int Súmula 147 do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

PrPn Súmula 210 do STF. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrCv Súmula 266 do STF: inaplicabilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrSTF Súmula 283 do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 837.677-AgR *RTJ* 222/611

PrCv Súmula 288 do STF. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Adm Súmula 331 do TST. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

Int Súmula 421 do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrPn Súmula 523 do STF. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Súmula 523 do STF. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn Súmula 691 do STF: inadmissibilidade de abrandamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.976 *RTJ* 222/413

TrGr Súmula Vinculante 4. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

Pn Súmula Vinculante 9. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrPn Súmula Vinculante 11: ofensa inocorrente. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

Ct ***Superior Tribunal de Justiça (STJ).*** Composição. Formação da lista tríplice: vaga de juiz de Tribunal Regional Federal e de desembargador. Escolha dentre juízes e desembargadores oriundos do quinto constitucional: irrelevância. Magistrado egresso da advocacia ou do Ministério Público: mesmos direitos do magistrado de carreira. ADI 4.078 *RTJ* 222/87

Trbt Supersimples. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 1.945-MC *RTJ* 220/50

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130 – Pet 4.892 *RTJ* 222/665 – HC 101.528 *RTJ* 222/359

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn Suprimento por outras provas. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** Período de prova findo. Revogação posterior: possibilidade. Fundamentação

em fato ocorrido no período. Lei 9.099/1995, art. 89, § 5º. HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Lesão à economia pública. Prévia dotação orçamentária: ausência. SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Lesão à ordem pública e administrativa. Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. Responsabilidade da União como regular patrocinadora. Apuração de ato omissivo ou comissivo de agente ou órgão público: necessidade. Limitação do efeito: momento da prolação da sentença na ação principal. CF/1988, art. 202, § 3º. SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrCv ***Suspensão de segurança.*** Necessidade. Efeito multiplicador. Grave lesão à ordem pública. SS 3.902-AgR-segundo *RTJ* 220/149

Ct Suspensão do contrato de trabalho: ofensa inocorrente ao MI 708. (...) ***Greve.*** AI 824.949-AgR *RTJ* 222/607

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

Trbt Taxa de licença e verificação fiscal. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

TrGr Técnico em radiologia. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrCv Tempestividade: divergência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrPn Teoria da descoberta inevitável. (...) ***Prova criminal.*** HC 106.244 *RTJ* 222/401

Adm Teoria do risco administrativo. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** RE 591.874 *RTJ* 222/500

PrPn Testemunha da defesa: imprescindibilidade. (...) ***Júri.*** HC 96.905 *RTJ* 222/340

Adm Títulos: valoração. (...) ***Concurso público.*** Rcl 6.748-AgR *RTJ* 220/246

Int Tráfico de entorpecente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Pena.*** HC 97.256 *RTJ* 220/402

PrPn Tráfico de entorpecente: apreensão de 4.800 frascos de lança-perfume. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.976 *RTJ* 222/413

Pn Tráfico de entorpecente: prisão em flagrante. (...) ***Pena.*** HC 108.148 *RTJ* 222/419

Int Tráfico de entorpecente e associação para o tráfico. (...) ***Extradição.*** Ext 1.151 *RTJ* 222/31

PrPn Trancamento: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 105.301 *RTJ* 222/375

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

PrPn Trânsito em julgado da sentença condenatória: ocorrência. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

Adm Transporte coletivo de passageiros. (...) ***Serviço público.*** RE 422.591 *RTJ* 222/481

PrCv Traslado deficiente. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 799.126-AgR *RTJ* 220/609

Ct ***Tribunal de Justiça.*** Eleição. Cargo de direção: presidente. Desembargador: inelegibilidade. Exercício de dois mandatos incompletos como vice-presidente. Afastamento por decisão liminar do STF três meses antes do término do mandato: irrelevância. Loman/1979, art. 102. MS 27.593 *RTJ* 219/409

Ct ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** Turma julgadora. Composição majoritária: juízes federais convocados. Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. Lei 9.788/1999, art. 4º. RE 597.133 *RTJ* 219/611

Trbt ***Tributo.*** Multa de caráter confiscatório: vedação. CF/1988, art. 150, IV: aplicabilidade. ARE 637.717-AgR *RTJ* 220/599

El Trucagem, montagem e outros recursos de áudio e vídeo: vedação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct Turma julgadora. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

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

Cv União estável homoafetiva: reconhecimento. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.736 *RTJ* 222/57 – ADI 3.515 *RTJ* 219/176 – ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct União Federal e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrSTF União homoafetiva: reconhecimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrPn Uso de algemas: excepcionalidade devidamente fundamentada. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

Pn Uso de arma de fogo. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 102.003 *RTJ* 220/473

Pn Uso de documento falso. (...) ***Estelionato.*** HC 108.884 *RTJ* 222/427

Pn Uso efetivo do aparelho: prescindibilidade. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrPn Uso por civil de documento falso emitido pela Marinha. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

El Utilização de espectro de radiofrequências: dever de imparcialidade perante os candidatos. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

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

TrGr Vinculação ao salário mínimo. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrPn Violência doméstica e familiar contra a mulher. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

El Votação. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

El Voto impresso. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

16	(ADC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/11
29	(ADC)	Rel.: Min. Luiz Fux	221/11
127	(SL-AgR-segundo)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/44
148	(ADPF-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/63
151	(ADPF-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	219/65
372	(AP)	Rel.: Min. Dias Toffoli	221/239
421	(AP-QO)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/11
470	(AP-QO-oitava)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/16
470	(AP-AgR-décimo terceiro)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/24
1.005	(Ext-AgR)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/86
1.121	(Ext)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/100
1.121	(Ext-ED)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/122
1.121	(Ext-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/94
1.140	(Ext)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	220/11
1.151	(Ext)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/31
1.534	(ACO-TA-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/130
1.856	(ADI)	Rel.: Min. Celso de Mello	220/18
1.945	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	220/50
1.967	(MI)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/617
2.158	(ADI)	Rel.: Min. Dias Toffoli	219/143
2.185	(AC-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/159
2.650	(ADI)	Rel.: Min. Dias Toffoli	220/89
2.695	(AC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/628
2.736	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	222/57
2.771	(AC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/648
2.956	(Inq-AgR)	Rel.: Min. Marco Aurélio	220/130

3.248	(ADI)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	222/77
3.288	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/133
3.322	(MI)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/653
3.334	(ADI)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	220/145
3.462	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/163
3.515	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/176
3.602	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/83
3.610	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/180
3.664	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/187
3.902	(SS-AgR-segundo)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/149
4.033	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	219/195
4.078	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia	222/87
4.140	(ADI)	Rel.: Min. Ellen Gracie	222/116
4.167	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	220/158
4.274	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	222/146
4.277	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	219/212
4.298	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/220
4.451	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Ayres Britto	221/277
4.467	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	221/356
4.543	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	221/407
4.661	(ADI-MC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	222/164
4.892	(Pet)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/665
6.748	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	220/246
9.460	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/372
9.468	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/375
11.243	(Rcl)	Rel. p/ o ac.: Min. Luiz Fux	222/184
21.053	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/383
26.079	(RMS)	Rel.: Min. Luiz Fux	222/269
26.595	(MS)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/391
27.593	(MS)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/409
28.056	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/420
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
30.380	(MS-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/671
82.899	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/385
82.980	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	222/276
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
93.876	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	222/317
95.136	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/330
95.969	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	222/334
96.905	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	222/340

97.256	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	220/402
97.261	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	219/423
97.400	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	222/353
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
98.422	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/430
98.658	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	219/434
99.035	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli	219/444
99.448	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/450
99.457	(HC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/459
99.541	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/467
100.279	(HC-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	220/469
100.882	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/475
101.455	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	219/480
101.528	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	222/359
102.003	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/473
102.020	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/487
102.819	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/490
103.706	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/496
104.075	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Luiz Fux	219/504
104.079	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	220/479
104.308	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/510
104.723	(RHC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	222/368
105.301	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/375
105.542	(HC)	Rel.: Min. Rosa Weber	222/380
105.973	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	222/386
106.212	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/521
106.244	(HC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	222/401
106.481	(RHC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/540
106.976	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Rosa Weber	222/413
108.148	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	222/419
108.884	(HC)	Rel.: Min. Rosa Weber	222/427
109.544	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/544
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
253.472	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	219/558
254.764	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/582
317.574	(RE)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/586
346.566	(RE-AgR-AgR-EDv-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/589
389.808	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	220/540
391.623	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/592
405.457	(RE)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	222/431

406.432 (RE-AgR-ED-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello.....220/568
407.908 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio.....222/436
414.426 (RE) Rel.: Min. Ellen Gracie.....222/457
422.591 (RE) Rel.: Min. Dias Toffoli.....222/481
437.006 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio.....219/595
477.554 (RE-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello.....220/572
499.093 (RE-AgR-segundo) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 219/600
581.113 (RE) Rel.: Min. Dias Toffoli.....222/486
583.937 (RE-QO-RG) Rel.: Min. Cezar Peluso 220/589
591.874 (RE) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 222/500
592.619 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes 219/603
594.917 (RE-AgR) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 219/609
597.133 (RE) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 219/611
598.099 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes 222/521
602.912 (RE-AgR) Rel.: Min. Cármen Lúcia 219/626
603.583 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio.....222/550
606.451 (RE-AgR-segundo) Rel.: Min. Luiz Fux.....219/632
631.102 (RE-ED) Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli 221/438
633.703 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes 221/462
634.093 (RE-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello.....219/640
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
712.435 (AI-AgR) Rel.: Min. Rosa Weber.....222/603
794.192 (AI-AgR) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 219/647
799.126 (AI-AgR) Rel.: Min. Luiz Fux.....220/609
824.949 (AI-AgR) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 222/607
837.677 (AI-AgR) Rel.: Min. Rosa Weber.....222/611

Este livro foi concluído
em 22 de fevereiro de 2013.
Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal