Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 223
janeiro a março de 2013

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), José Roberto da Silva, Juliana Aparecida de Souza Fiqueiredo, Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Camila Penha Soares

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Divina Célia Duarte Pereira Brandão, Flávia Teixeira da Silva, Patrícia Keico Honda Daher e Rochelle Quito

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro 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 LUIZ FUX, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI
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 9

DECISÕES MONOCRÁTICAS 659

ÍNDICE ALFABÉTICO 685

ÍNDICE NUMÉRICO 705

ACÓRDÃOS

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46 — DF

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O sr. ministro Eros Grau

Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED — Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT — Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço postal. Controvérsia referente à Lei federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. Previsão de sanções nas hipóteses de violação do privilégio postal. Compatibilidade com o sistema constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nos arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*, IV e parágrafo único; e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Não caracterização. Arguição julgada improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao art. 42 da Lei 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no art. 9º da lei.

1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade

econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X).

4. 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 509, de 10 de março de 1969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. 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.

8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

Brasília, 5 de agosto de 2009 — Eros Grau, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que formulado pedido de concessão de medida acauteladora, foi formalizada, apontando-se como arguida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), vinculada ao Ministério das Comunicações. Consigna-se o objetivo de reparar lesão a diversos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Então, discorre-se sobre a legitimidade da arguente, associação de abrangência nacional, a representar os interesses das empresas de distribuição, conforme previsto nos arts. 2º do Capítulo I e 5º do Capítulo II dos Estatutos Sociais, contando com associados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Maranhão, Paraná, Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Piauí, Amazonas, Distrito Federal e outros. Afirma-se a legitimidade por se encontrar a arguente no rol das associações que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Quanto à pertinência temática, alude-se às finalidades estatutárias e à matéria versada na inicial, no que é buscada a preservação da livre iniciativa, da livre concorrência, tal como dispõem os arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, cabeça e IV e parágrafo único, todos da Constituição Federal. Ter-se-ia o envolvimento de lei anterior à vigente Constituição Federal e atos, contrários ao Diploma Fundamental em vigor, emanados do poder público, perpetrados via Empresa Pública Federal de Correios e Telégrafos. Segundo o sustentado, inexiste meio eficaz de sanar a lesividade, dizendo-se dos reflexos de medidas relativamente às empresas associadas e que estão em todo o território nacional, no total de cerca de quinze mil, com mais de um milhão e duzentos mil empregados. Aduz-se que as ações judiciais se sucedem e que há de ser observado o princípio da subsidiariedade. Cita-se o que veiculado pelo ministro Celso de Mello na ADPF 17, bem como pelo ministro Gilmar Mendes em artigo sobre o tema, argumentando-se com a ausência de outro meio eficaz para tornar prevalecentes os ditames constitucionais. Então, assevera-se:

a) os atos praticados pela arguida têm fundamento em lei anterior à Constituição de 1988, o que afasta a possibilidade de ajuizar-se ação direta de inconstitucionalidade;

b) os conflitos enfrentados pelas associadas da arguente e a insegurança jurídica hoje reinante em relação aos serviços postais somente podem ser cessados por meio de medida coletiva, com efeitos abrangentes, de modo a pacificar as relações judiciais mantidas pelas associadas, irradiando-se a toda sociedade.

A seguir, em tópico intitulado "dos fatos", relata-se a criação, no território nacional, de diversas empresas de distribuição, visando a atender à demanda do mercado de serviço de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de conta de luz e gás e outras atividades autorizadas pelos entes federativos – União, Estados e Municípios, sendo que em momento algum as empresas pretenderam entregar ou distribuir cartas, entendidas essas como correspondência de cunho pessoal, íntimo e sigiloso. Ter-se-ia iniciado "uma verdadeira cruzada

nacional para expurgar a concorrência e banir do mercado todas as empresas congregadas pela arguente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a arguida possuiria o monopólio postal absoluto e, assim, toda e qualquer correspondência, seja ela uma lista telefônica, uma conta de luz ou uma encomenda, estaria sob o conceito de carta, ou seja, papel escrito metido em envoltório fechado, que se envia de uma parte a outra para comunicação entre pessoas distantes; manuscrito fechado com endereço (Dicionário Brasil Contemporâneo)" (fl. 10). Aponta-se como objetivo único de tal empreitada a eliminação da livre concorrência e do primado da iniciativa privada, buscando-se o desempenho exclusivo e a liberdade total de preços. Assevera-se que somente se tem monopólio nas atividades taxativamente referidas no art. 177 da Constituição Federal e que as decisões sobre o tema vêm variando, ora concluindo o Judiciário pela existência do monopólio postal, ora pela necessidade de manutenção do serviço postal. As empresas de distribuição estariam sob ameaça de fechamento, muito embora prestando serviços de qualidade, a preços competitivos, gerando empregos e recolhendo impostos, tudo ocorrendo com a aprovação dos entes federativos.

A seguir, na inicial, procura-se demonstrar a inexistência do monopólio postal, à luz da Carta 1988. Alude-se às transformações decorrentes da passagem do tempo e cita-se não só Celso Ribeiro Bastos, como também Ives Gandra, ressaltando o primeiro que, "nos dias atuais, o próprio serviço postal assume tão variadas modalidades que seria até mesmo um desatino e um contrassenso admitir-se que uma única empresa concessionária de serviço público pudesse prestá-lo em todas as suas variadas externações". O trecho citado, do saudoso constitucionalista, tem o seguinte fecho: "a intromissão da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em áreas em que ela não é bem-vinda, pois não requisitada pelos próprios usuários, é não só uma tentativa de fazer valer o monopólio que a Constituição não consagra, como também a implementação de um execrável precedente marcado por uma racionalidade econômica na qual não é lícito supor-se possa traduzir-se o interesse coletivo". O texto de Ives Gandra revela que "o correio aéreo nacional só se justifica, hoje, para atender aquelas áreas do País aonde não chegam as linhas regulares". Estar-se-ia confundindo manutenção de certo serviço pela União – do serviço postal nacional – com o monopólio. São mencionados constrangimentos sofridos pelos associados da arguente – de notificações a clientes quanto à ilegalidade da atuação, passíveis de punições civis e criminais, a medidas de busca e apreensão e condução de empregados a delegacias policiais. À fl. 15, vê-se quadro exemplificativo de empresas acionadas, processos em curso e respectivas consequências.

A análise sobre os preceitos fundamentais tidos como violados faz-se após referência ao voto do ministro Néri da Silveira no julgamento da ADPF 1, quando Sua Excelência assentou que "cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque, promulgado o texto constitucional, é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a

um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discrição indicá-los". Mencionam-se lições de André Ramos Tavares, em *Tratado de arguição de preceito fundamental* e remete-se ao direito português, nas ópticas de Canotilho e Vital Moreira acerca do que se entende como princípio fundamental, aludindo-se, mais, ao ensinamento de José Afonso da Silva em *Curso de direito constitucional positivo.*

À luz da livre iniciativa, evoca-se o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos brandir lei da época da ditadura, visando ao afastamento de empresas legalmente constituídas, sob o pretexto de ter a exclusividade, o monopólio. Quanto à liberdade do exercício de qualquer trabalho, argumenta-se que a norma do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal tem por finalidade a formação do mercado, excluídas apenas atividades ilícitas ou os casos em que não se faça presente a qualificação profissional. No tocante à livre concorrência, à livre iniciativa, pondera-se que o limite é o abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação de concorrentes e o aumento dos lucros – art. 173, § 4º, do Diploma Máximo. Os atos praticados pela arguida implicam, segundo o sustentado, violência aos preceitos fundamentais referidos, buscando a intimidação de empregados, diretores e clientes das empresas associadas. As medidas para banir do ramo de distribuição a livre iniciativa, a livre concorrência, e impedir o desenvolvimento do ofício estariam compreendidas na política nacional desenvolvida pelo Ministério das Comunicações e seguida à risca pelos dirigentes da Empresa Brasileira de Correios, com alegado esteio no art. 9º de lei anterior à Carta, ou seja, a Lei 6.538/1978, no que dispõe:

> Art. 9º São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
>
> I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
>
> II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:
>
> III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.
>
> § 1º Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal:
>
> a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal;
>
> b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.
>
> § 2º Não se incluem no regime de monopólio:
>
> a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;
>
> b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

Passa-se à interpretação sistemática dos arts. 21, X, 22, V, e 170 da Constituição Federal, salientando-se ser a livre iniciativa e a livre concorrência verdadeiros princípios constitucionais. Reportando-se ao art. 177 da Lei

Fundamental, diz-se constituir exceção o monopólio de atividades, descabendo ampliar, conforme ressaltado por José Afonso da Silva, o elenco referido na Carta da República. Após o exame do serviço postal, de maneira a se lhe elucidar o caráter – se de serviço público ou de atividade econômica –, remete-se a parecer de Luiz Roberto Barroso publicado na *Revista de direito administrativo* de outubro/dezembro de 2000, no qual o autor revela que, em todo o mundo, a prestação de serviço postal não pressupõe o exercício de um poder estatal, bem assim no direito objetivo brasileiro. Sob a perspectiva constitucional, ao menos desde a década de sessenta, não se contaria com o enquadramento do serviço postal como serviço público, havendo sido o marco da alteração a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos (DCT), em 1968, em empresa pública. Conclui o jurista, naquele parecer, tratar-se não de serviço público, mas de exploração de atividade econômica, aspecto a afastar o óbice à atuação de particulares. Com a vigência da Constituição Federal de 1988, delimitadas teriam restado as áreas em que presente o monopólio. Em tal sentido também entendera Celso Ribeiro Bastos, consoante veiculado no seguinte trecho transcrito à fl. 29:

> Não tendo havido previsão constitucional de monopólio da União para as atividades de serviço postal, tem-se que este pode ser exercido também pelos particulares, em observância aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Todos os casos não previstos no art. 177 não são de monopólio dos entes estatais, em específico a União, porque tal dispositivo é *numerus clausus*, uma vez que representa exceção aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Sendo a Lei n. 6.538 do ano de 1978, ao entrar em vigor a Constituição Federal de 1988 foi tal lei revogada no que se refere ao monopólios nela estabelecidos. Destarte, claro está que inexistente o chamado monopólio estatal. Logo ilegais e violadores dos preceitos fundamentais apontados os atos praticados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, bem como inconstitucional a Lei n. 6.538/78 pois revogada tacitamente pela Carta Política de 1988.

Após aludir-se à fala do então ministro das Telecomunicações Miro Teixeira, em entrevista concedida em 27 de fevereiro de 2003 ao *Jornal Nacional*, da Rede Globo de Televisão – no sentido de que "novas tecnologias facilitarão a quebra do monopólio" – e do secretário de Assuntos Postais, Marcelo Perrupato, em reportagem da revista *Isto é Dinheiro*, de 19 de março do corrente ano, sobre a existência de cerca de quinze mil empresas de distribuição no Brasil e a falta de impedimento, às filiadas da arguente, para administrar correspondência comercial, pleiteou-se a concessão de liminar, remetendo-se a lições de Liebman, citado por Humberto Teodoro Júnior, quanto ao escopo da medida – de "satisfazer provisoriamente o interesse geral jurídico de assegurar a paz na convivência social ou evitar a perda ou a deterioração de bens econômicos ou, ainda, obstar a lesão ou ameaça de lesão a direitos, em virtude do perigo na demora natural dos processos judiciais e a alteração do equilíbrio de força entre as partes" (fl. 32). Assegurando-se existente o sinal do bom direito e o risco de se manter com plena eficácia o quadro, pediu-se "a suspensão de todo e qualquer processo, bem como de decisões judiciais, que versem sobre a matéria objeto da presente arguição, expedindo-se os ofícios respectivos aos Tribunais Regionais Federais,

informando-os de tal decisão, haja vista não haver como, nesta peça, individualizar todos os feitos em trâmite o Poder Judiciário, em todo o território nacional, versando sobre esse tema" (fl. 36). Caso assim não se entenda, requer-se seja concedida a liminar "unicamente para as associadas da arguente, impedindo que sejam vítimas das ações da arguida até o julgamento final desta arguição", e, sucessivamente, que se "permita às associadas da arguente, até o julgamento final da ação, o livre exercício das atividades constantes em seus respectivos contratos sociais, sem qualquer constrangimento por parte da arguida" (fl. 37). O pedido final está desdobrado, às fls. 37 e 38, para:

a) reconhecer-se "a violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, como exaustivamente apontado nesta peça, perpetradas por atos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Poder Público)";

b) declarar-se, "nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei n. 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências";

c) também nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, tendo em vista a relevância da matéria, declarar-se o que se entende por carta cuja entrega, por motivo de segurança e privacidade, continua sendo prerrogativa da arguida, restringindo-se tal conceito "ao papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes, contendo assuntos de natureza pessoal e dirigido, produzido por meio intelectual e não mecânico, excluídos expressamente deste conceito as conhecidas correspondências de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários como talões de cheques, cartões de créditos, etc". Então, requereu-se fossem intimados a manifestar-se sobre a ação o excelentíssimo ministro das Comunicações, à época o senhor Miro Teixeira, o presidente da arguida, à época o senhor Airton Dipp, o procurador-geral da República, como também qualquer outra autoridade, a critério do Tribunal. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 40 a 545.

À fl. 548, despachei, tendo em conta a necessidade de autenticação das peças anexadas. A arguente peticionou, declarando a autenticidade das cópias acostadas à inicial e requerendo a juntada de documentos. Às fls. 571 e 572, tornei a despachar, aludindo à circunstância de se ter a anexação de cópias diversas não constantes de processo.

Acompanharam a petição de fls. 574 e 575 originais e cópias autenticadas.

Instei a arguente a providenciar cópia da inicial (fl. 892), ordenando, às fls. 895 e 896, a citação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), devendo-se ouvir também o advogado-geral da União e o procurador-geral da República. Eis o teor do despacho (fl. 895 e 896):

ADPF – Manifestações – Arguida – Advocacia-Geral da União – Procuradoria-Geral da República.

1. Cite-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ouvindo-se o advogado-geral da União e o procurador-geral da República – § 2º do art. 5º da Lei 9.882/1999.

2. Esclareço que o processo ficou entre os que aguardam exame, não havendo sido percebida a fase. Considere-se o extravagante número dos distribuídos semanalmente.

3. Publique-se.

Com a petição de fls. 902 e 903, insistiu a arguente na apreciação do pedido de concessão de medida liminar, ao que determinei fossem aguardados os pronunciamentos.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos trouxe ao processo a manifestação de fls. 909 a 974. Preliminarmente, ressalta a ilegitimidade ativa da arguente, conforme precedentes da Corte, no sentido de ser restrita tal atuação aos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade e assevera que "não se reconhece natureza de entidade de classe àquelas organizações que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações" (fl. 919). Segue-se a análise da natureza do serviço postal, reportando-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos aos arts. 21, X, e 22, V, da Constituição Federal, no que revelam caber à União manter o serviço e sobre ele legislar. O Decreto-Lei 509/1969, que veio a criar a empresa pública federal encarregada do serviço estaria a encerrar o regime de monopólio, prevendo a Lei 6.538/1978 sanções para os infratores do monopólio. No art. 47 da citada lei, constaria a definição de carta. Afirma a arguida que o serviço postal tem caráter público, qualificado pela Constituição Federal como necessário, sendo um dever do Estado. Procurando estabelecer distinção entre o serviço postal, no que asseverado público, e o serviço de saúde e educação – quando a Carta, mediante os arts. 196 e 205, consigna o dever do Estado e a abertura à livre iniciativa –, aponta a Empresa que tais serviços – de saúde e educação – deixam de ser públicos, uma vez implementados por particulares. No caso do serviço postal, contar-se-ia com os três requisitos necessários à caracterização como público: a) o desenvolvimento de atividade de interesse coletivo, b) a presença do Estado e c) o procedimento de direito público. Após dizer da generalidade, uniformidade, continuidade e regularidade do serviço, afirma a arguida que, desde a Constituição de 1891, cumpre ao Estado o poder-dever ou o dever-poder de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, ante o interesse de toda a coletividade. Daí a União haver criado empresa pública para implementá-lo. Argumenta ser entidade estatal delegada. Referindo-se às lições de Cirne Lima sobre as pessoas administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ao magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos tipos fundamentais de empresas públicas – prestadoras de serviços públicos e exploradora de atividade econômica –, entende estar compreendida na primeira espécie, não se lhe aplicando as disposições do art. 173 e parágrafo da Constituição Federal de 1988. Reporta-se à visão de Geraldo Ataliba sobre não haver, no caso, exploração de atividade econômica e ao que decidido no RE 172.816-7/RJ e no MS 21.322-1/DF, relatados pelo ministro Paulo Brossard, no que apreciada a

questão das empresas públicas constituídas para prestação de serviço público. Menciona mais o que assentado pelo Plenário no RE 220.906-9/DF, sob o ângulo da execução via precatório, remetendo ao voto do ministro Maurício Corrêa. O Tribunal teria considerado a prestação do serviço como pública. Alude ainda à decisão da Segunda Turma, da lavra do ministro Carlos Velloso, no sentido de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ser prestadora de serviço público, estando alcançada pela imunidade tributária recíproca – RE 407.099-5/RS. Assevera que o serviço postal não perde a natureza e o regime públicos ante a delegação a uma empresa pública.

Após concluir pela existência de atividade própria do Estado, discorre sobre a exclusividade, com esteio na Lei 6.538/1978. Admite que, conquanto possam constituir serviços exercidos pela União, diretamente ou por meio da própria atuação, os de recebimento, transporte e entrega de outros objetos e valores que não configurem carta, cartão-postal ou correspondência agrupada, as atividades não estão sujeitas ao monopólio, podendo haver a exploração econômica pela iniciativa privada. Uma vez atuando, ter-se-ia como adequada a rotulação como serviço postal. Aponta que, "a rigor, portanto, a menos que houvesse concessão ou permissão da ECT, ninguém poderia executar o serviço postal de valores e encomendas". Alega que a Lei 6.538/1978 alcança diversas atividades: a) serviço público exclusivo – art. 9º; b) serviço público não exclusivo – art. 7º, § 2º e § 3º; c) atividades correlatas – art. 8º; e d) atividades afins – art. 2º, § 1º, *d*. As empresas associadas à arguente não teriam a titularidade do serviço de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, expedição para o exterior, de carta e cartão-postal, por envolver serviço público exclusivo da União, cuja execução lhe fora delegada.

No que tange à recepção, pela Constituição Federal, da exclusividade prevista no Decreto-Lei 509/1969 e na Lei 6.538/1978, reporta-se a arguida à manifestação do Ministério Público Federal na Apelação 1999.70.00.033981.5, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Busca demonstrar que o silêncio, sob ângulo do monopólio, do art. 177 da Constituição Federal resulta do fato de não se ter atividade de natureza privada. Discorrendo sobre o enquadramento de entrega de contas relativas ao consumo de energia elétrica, de água, de documentos bancários e outros como serviço postal, conclui de forma positiva, ante a Lei 6.538/1978. A entrega estaria compreendida no gênero "cartas endereçadas a diversas pessoas naturais e jurídicas", sendo alcançada pelo monopólio postal. Faz referência ao que decidido no RE 434.399/PR, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, bem como ao voto do juiz Jirair Aram Meguerian no Mandado de Segurança 1998.01.00.01221.0/RO, citando, mais, o que decidido no HC 21.804/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ministro Gilson Dipp, e outros precedentes. Remete à óptica de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a impossibilidade de até mesmo ter-se o serviço postal e o correio aéreo nacional submetidos ao sistema de autorização, concessão ou permissão, daí decorrendo haver-lhe sido outorgada legalmente, pela União, a execução do serviço.

Critica o que denomina de correio paralelo, no que a população vincula o serviço postal ao nome "Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos". Concluiu, então, que o recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição para o exterior de carta e cartão-postal é serviço público qualificado, típico e exclusivo da União, cuja execução foi a si delegada. A arguente estaria visando à discussão, tão somente, do conceito de carta, porquanto teria admitido a exclusividade no recebimento, transporte e entrega, dando enquadramento todo próprio à noção do que se entende como tal. Admite a arguida a possibilidade de atuação das associadas no mercado de serviços de logística, realizando serviços de distribuição de revistas, periódicos e encomendas, mas não quanto às atividades enumeradas no art. 9º da Lei 6.538/1978, ou seja, com destaque para o recebimento, transporte e entregas de cartas assim como a emissão de selos. Faz referência à existência do monopólio postal em diversos países – Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Países Baixos, Áustria, etc. –, salientando ser a décima terceira maior do mundo, respondendo por 90% do fluxo postal da América Latina e contando com 98.015 empregados diretos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e admitidos mediante concurso público, estando presente em todos os 5.561 Municípios brasileiros e gozando da maior credibilidade perante a população – 92%, segundo pesquisa da FIAUSP. As atividades postais monopolizadas, em especial o recebimento, transporte e entrega de carta (contas de água, luz, telefone, boleto bancário, etc.), responderiam, segundo dados de 2002, por 47% da receita operacional, havendo alcançado, naquele ano, cinco bilhões e quatrocentos milhões de reais. Afirma, então, que "todo o serviço postal continua sob a égide da União, que outorgou a sua titularidade a ECT, devendo esta entidade ser a guardiã de sua implantação, planejamento, manutenção, execução, fiscalização e controle, observado o monopólio de que trata o art. 9º da Lei n. 6.538/78".

A Advocacia-Geral da União manifestou-se na forma da peça de fls. 978 a 992, ressaltando:

a) a atividade econômica é gênero do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público;

b) o art. 173, § 1º, da Constituição Federal refere-se à atividade econômica em sentido estrito, não atingindo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos;

c) o serviço postal está no conceito amplo de atividade econômica e é um serviço público não submetido a regime de competição que, mediante autorização legal, pode ser delegado por meio de concessão ou permissão – art. 175 da Constituição Federal;

d) o serviço postal, por estar no art. 21 da Constituição Federal, é um serviço público do tipo privativo da União;

e) o termo "monopólio" diz respeito à atividade econômica e, em relação ao serviço público, aplicável é o vocábulo exclusividade;

f) a arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser utilizada para discutir as medidas judiciais e administrativas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Entende que a Lei 6.538/1978 foi recepcionada pela Constituição Federal e que não há violação dos preceitos asseguradores da livre iniciativa, do livre exercício do trabalho e da livre concorrência.

Já a Procuradoria-Geral da República assentou que:

a) o princípio da livre concorrência não é de natureza fundamental, não cabendo arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar-lhe a inobservância;

b) a atividade econômica é gênero do qual são espécies atividade econômica em sentido estrito e serviço público;

c) o serviço público postal não está submetido aos arts. 173, § 1º, e 177 da Constituição Federal, vigorando o regime de privilégio sem competição;

d) o serviço público pode ser tomado sob dois ângulos: o delegado mediante concessão, permissão ou autorização e o prestado pelo próprio Estado, como no caso do serviço postal;

e) o Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 407.099-5/RS, assentou que o serviço postal é serviço público, estando na competência da União;

f) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, embora processo objetivo, pode ser utilizado, tendo em conta medidas judiciais e administrativas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não procedendo, no entanto, o pleito inicial.

O parecer é no sentido de que a Lei 6.538/1978 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não subsistindo o que articulado na inicial.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Tenho a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do art. 2º da Lei 9.882, de 3 de novembro de 1999, como entidade de classe de âmbito nacional, com associadas em mais de nove Estados do País, balizas aventadas na ADI 386-1/ES, relatada pelo ministro Sydney Sanches. Incumbe-lhe defender os integrantes da categoria congregada, que se dedicam à área de logística e de distribuição de pequenas encomendas bem como malas-diretas, revistas, jornais, periódicos, contas de luz, de água, de telefone e assemelhados e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal, por provocação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), na medida em que esta se diz detentora do monopólio da entrega do gênero "correspondências".

Quanto à observação do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de não ser cabível o questionamento de normas pré-constitucionais mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, caso em que o Tribunal é chamado apenas a decidir sobre a recepção, ou não, de determinada regra, em face de posterior texto constitucional. Não existe outro meio apto a sanar possível lesividade a que se alegam submetidas às empresas distribuidoras de encomendas em todo o território nacional. Cumpre resolver controvérsia constitucional da maior envergadura – a permanência, ou não, do monopólio da prestação do serviço postal, instituído com a Lei federal 6.538/1978, ante os novos ditames constitucionais.

Assim, sob o ângulo do macroprocesso, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz, somente servindo ao surgimento de milhares de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas. Eis o importante papel, no que tange à paz social, atribuído ao Supremo, que não pode ficar a reboque na definição do alcance da Carta da República. Digo mesmo que a Corte há de estar sempre propensa a examinar os grandes temas nacionais, contando, para tanto, com a competência de julgar os processos objetivos. O grande número de demandas individuais, o vulto do varejo não pode servir a posicionamento esvaziador da atividade precípua que lhe é reservada constitucionalmente – de guarda da Lei Fundamental – e da qual não deve e não pode despedir-se. Tudo recomenda que, em jogo matéria de extrema relevância, haja o imediato crivo do Supremo, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, importante destacar a notícia recentemente veiculada no endereço eletrônico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sobre o modo como vem agindo para amedrontar e afugentar as demais empresas que atuam no setor:

> Com mão forte, a ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) retomou a ofensiva cujo objetivo é aniquilar as pequenas empresas de *courier*, que pouco a pouco tomam o mercado nacional de encomendas expressas e, segundo os Correios, o de cartas. Os expedientes empenhados: apoio da PF (Polícia Federal) para várias *blitzes* nas empresas em pontos do país e ações em Tribunais Federais nas regiões com o pedido de fechamento imediato das empresas. A ação não poupa nem as firmas que contratam os serviços como companhia de água, de luz ou mesmo os bancos. A Febraban (Federação Brasileira dos Bancos) não comenta o assunto, mas existem informações que (*sic*) a entidade está preocupada com o tema[1].

[1] Disponível em: <http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1 >. Acesso em 9 maio 2005.

É de ressaltar, ainda, que os preceitos tidos por violados são essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil, como a livre iniciativa – comando este previsto no art. 1º, IV, inserto no Título I da Constituição Federal, denominado "Dos Princípios Fundamentais", também a liberdade no exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII), a livre concorrência (art. 170, cabeça e IV) e o livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único).

Atendendo a petição inicial aos requisitos que lhe são inerentes – art. 3º da Lei 9.882/1999 –, cabe adentrar o tema de fundo.

Interpretar significa apreender o conteúdo das palavras, não de modo a ignorar o passado, mas de maneira a que este sirva para uma projeção melhor do futuro. Como objeto cultural, a compreensão do direito se faz a partir das pré-compreensões dos intérpretes. Esse foi um dos mais importantes avanços da hermenêutica moderna: a percepção de que qualquer tentativa de distinguir o sujeito do objeto da interpretação é falsa e não corresponde à verdade. A partir da ideia do "Círculo Hermenêutico" de Hans Gadamer[2], evidenciou-se a função coautora do hermeneuta: na medida em que este compreende, interpreta as normas de acordo com a própria realidade e as recria, em um processo que depende sobremaneira dos valores envolvidos.

Nesse sentido, o jusfilósofo Richard Palmer[3] assevera que a tarefa da interpretação é a de construir uma ponte sobre a distância histórica a separar o sujeito do objeto da interpretação. Assim, quando o intérprete analisa um texto do passado, não deve esvaziar a sua memória, nem abandonar o presente, mas levá-los consigo e utilizá-los para compreender e projetar um futuro.

Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete, mas não pode levar à autoalienação de uma consciência, funcionando como escusa à análise do presente.

A razão para tal alerta é simples. Cabe a esta Corte, ao realizar a atividade definidora das normas que estão no texto constitucional, harmonizar o conteúdo do art. 21, X – "Compete à União: manter o serviço postal e o correio aéreo nacional" –, com os demais valores constitucionalmente protegidos – livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício de qualquer trabalho e livre exercício de qualquer

---

[2] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 400 et seq.

[3] PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Coleção O Saber da Filosofia. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 252.

atividade econômica –, de maneira a garantir a força normativa da Constituição, o que, nos dizeres de Canotilho, significa "dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência"[4].

Com isso, quero dizer que a atuação da Corte não pode ser mecânica e apenas repetitiva das interpretações que até puderam ter feito sentido em um passado remoto, mas que não mais se coadunam com a realidade. Ao sobrelevar a importância da força normativa do Diploma Básico, friso a necessidade de este Tribunal concretizar e realizar os preceitos constitucionais de forma ótima, o que se traduz na observância do processo dialético e ininterrupto de condicionamento entre a norma e a realidade. A indiferença quanto ao cumprimento desses princípios hermenêuticos pode ocasionar um recorte drástico e indesejado, considerados o dispositivo constitucional e a realidade, configurando-se o que Pablo Lucas Verdú convencionou chamar de "mutação constitucional"[5], hipótese em que a Carta Federal fica obsoleta, fragilizada, caduca. Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas "mutações constitucionais silenciosas" funcionam, na verdade, como atos legítimos de interpretação constitucional[6].

Nesse contexto, qual o significado do teor do inciso X do art. 21? Será que o sentido da expressão "manter o serviço postal" é hoje o mesmo de duzentos anos atrás, quando, pelo Alvará de 20 de Janeiro de 1798, instituiu-se que competia aos poderes públicos o processo de organização postal dos Correios Terrestres? Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade? A resposta é desenganadamente negativa, revelando-se um sonoro "não".

A menção ao serviço postal foi inserida no corpo constitucional a partir da primeira Constituição republicana – art. 34, 15. À exceção desta Carta, quando o texto referia-se apenas à competência legislativa no que tange aos Correios, a partir da Constituição Federal de 1934 – art. 5º, VII –, fixou-se o entendimento de que cabia privativamente à União manter o serviço postal, o que veio sendo repetido em cada uma das Constituições que se seguiram – na de 1937, no art. 15, VI; na de 1946, no art. 5º, XI; na de 1967, no art. 8º, XI, na Emenda Constitucional 1, de 1969, no art. 8º, XII, e na Lei Fundamental em vigor, no art. 21, X, sendo que apenas a Carta de 1937 contemplou, tal como a anterior, a exclusividade. Se a proposição normativa – qual seja, o invólucro no qual se situa a norma – não evoluiu com o passar do tempo, de modo que incansavelmente dispôs o texto constitucional competir à União manter os serviços postais, a mesma coisa não é dado afirmar relativamente ao alcance do verbo "manter". Se no plano constitucional, à época da Primeira República, ainda no século XIX,

---

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1151.

[5] VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. v. 4, p. 179 e 180.

[6] Nesse sentido, HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução e prefácio de P. Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 81 et seq.

entendia-se que somente o poder público poderia desincumbir-se da missão de entregar correspondências, a mesma interpretação não pode mais ser implementada nos dias atuais, sem que seja tida como destoante dos novos e benfazejos ditames constitucionais, da realidade fática e normativa.

Com efeito, as mesmas mudanças ocorridas no contexto social também nos ajudam a dirimir alguns dogmas jurídicos, e, com isso, evoluirmos, no sentido de demonstrar que a distinção entre o que vem a configurar atividade econômica e o que é considerado serviço público não reside em uma intrínseca e imutável natureza das coisas. Trata-se de uma diferenciação historicamente determinada.

Se em certa sociedade o Estado prega o dirigismo econômico, mais e mais atividades serão realizadas sob as mãos do Estado e alçadas à condição de serviço público. Ao contrário, se exorta a livre iniciativa e a liberdade econômica, a regra é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o poder público apenas de maneira subsidiária, quando imprescindível por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – art. 173 da Constituição Federal em vigor.

A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e risco próprios, bem como o direito de fazer cessar tal atividade. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e para colocar os produtos no mercado, o que também implica o respeito ao princípio da livre concorrência. Eis uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

A maturidade dos debates econômicos atuais, ao defender-se a observância da livre iniciativa, já não mais revela a retomada da política econômica do liberalismo clássico – quando houve uma nítida dissociação entre a atividade política e a atividade econômica. Adam Smith, representante típico do liberalismo econômico, afirmava que ao Estado incumbia apenas três deveres: proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades, estabelecer uma adequada administração da Justiça e erigir e manter certas obras e instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo (ou de um pequeno número), porque o lucro não reembolsaria as despesas. Quanto menor a presença do Estado dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos, de modo que a essência estatal resumia-se a uma missão de inteiro alheiamento e de ausência de iniciativa social.

As imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer. É que o funcionamento deste pressupunha uma certa igualdade, a competição equilibrada entre os agentes. Como tais pressupostos nunca foram alcançados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais e acirramento das desigualdades sociais. A esse modelo contrapôs-se o Estado Social, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, um Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação, segurança pública –, levando o indivíduo a sentir-se sufocado e cativo nas mãos do Estado-pai e, ao mesmo tempo, achar-se no direito de eternamente ficar clamando do Estado a resposta a todo e qualquer anseio.

A partir desse descrédito no potencial empresário do Estado como forma de atingir eficazmente o progresso e a transformação social, os papéis que dantes lhe foram destinados passaram por uma redistribuição, no intuito de reduzir o tamanho da máquina burocrática, devolvendo-se à iniciativa particular as atividades que estavam sendo prestadas. O pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel de protagonista na sociedade.

No Brasil, a situação não foi diferente: vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, como a economia globalizada – o Estado enfraquecido em relação ao poder indutor –, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas. O Estado brasileiro encontrava-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo poder público à iniciativa privada.

Sim, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico. A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com os fenômenos da publicização (o chamado setor público não estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulamentação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica.

A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo. Ao contrário, fez com que o poder público ficasse mais atento ao cumprimento da missão fiscalizatória, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo poder público. Tal função é desenvolvida, hodiernamente, pelos diversos órgãos reguladores, pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Vale frisar que, no Brasil, a intervenção direta do Estado na economia, seja por absorção – hipótese de monopólio estatal –, seja por participação direta na atividade econômica – concorrência de empresas estatais com empresas

privadas –, verificou-se em um momento em que não havia empresas com capacidade financeira, nem infraestrutura suficiente, para promover o desenvolvimento de tais atividades. Como exemplo, é dado destacar as chamadas indústrias de base – mineração e siderurgia –, que durante muito tempo foram consideradas monopólios naturais, uma vez que os altos custos de elaboração dos bens, decrescentes à medida que a produção aumentava, somente compensariam a instalação se uma única empresa atuasse no setor. A exigência da produção em larga escala não comportava concorrência, à época da implementação, haja vista que o mercado absorveria apenas a oferta de uma única empresa neste nível de produção. O desenvolvimento dessas atividades por monopólios estatais foi a solução apontada para lidar com essa estrutura de mercado.

Desse modo, foram criadas a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, para atuar no setor de ferro e de aço, e a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), em 1942, para atuar no setor de mineração. Em passo seguinte, surgiram a Eletrobrás, a Telebrás e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas, mesmo em tais setores, o Estado se mostrou incapaz não só de realizar os investimentos necessários à melhoria dos serviços, como também de gerenciá-los sob a forma empresarial[7].

Posteriormente, o aumento da demanda permitiu a acomodação de mais empresas produzindo numa escala viável, o que possibilitou o surgimento da concorrência. Além disso, o incremento na tecnologia adotada na produção desses bens, diminuindo os custos fixos e a proporção destes no custo total, modificou a definição dos setores de infraestrutura como monopólios naturais.

Se a forma mais comumente associada à regulação de monopólios naturais havia sido a nacionalização das empresas atuantes no setor, fez-se necessário organizar a transição da outrora prestação pública para a hodierna atividade privada, e ao Estado coube então exercer o papel regulatório, para que não houvesse distorções no desenvolvimento da atividade. Essa transferência da prestação pública para a particular pôde ser sentida nos setores de siderurgia, de mineração, de telecomunicações e de energia elétrica, restando ainda os serviços postais, objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Esta é a questão apresentada: o monopólio da atividade postal, instituído por força de lei, quando a Constituição Federal expressamente admitia tal possibilidade – na Constituição de 1967, por meio do art. 157, § 8º, e na Emenda Constitucional 1, de 1969, mediante o art. 163 –, foi recepcionado pela Carta de 1988? Em outras palavras, as razões que determinaram a instituição do monopólio do serviço postal permanecem vigentes? Pode a Corte olvidar as transformações sociais e tecnológicas que ocorreram no País nesse meio século e entender que o significado do verbo "manter", núcleo do inciso X do art. 21, é o mesmo de dois séculos atrás?

---

[7] Em 1953, surgiu a Petrobras, mas as razões que motivaram a participação do Estado como ente detentor e executor do monopólio permanecem até hoje: questões de segurança e de soberania nacional. Por tal motivo, a Petrobras não é mencionada como exemplo de intervenção para garantir o desenvolvimento de setores de infraestrutura.

O serviço postal, durante muito tempo, foi executado pela União – e não somente mantido – porque simplesmente não havia no País empresas com capacidade operacional e técnica suficientes para poder desenvolver, com presteza e agilidade, a entrega de correspondências por todo o território nacional. As dimensões continentais brasileiras, atreladas aos incipientes investimentos nos transportes – aéreo, terrestre, ferroviário –, forçaram o surgimento de um monopólio inevitável. As precárias condições vigentes à época não admitiam o ingresso de empresas privadas.

Todavia, a partir da década de oitenta, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar da prestação direta de atividades econômicas, ora devido ao fato de que isso impunha uma descarada desigualdade em comparação com as empresas privadas, ora porque a submissão ao regime de direito público simplesmente não se coaduna com o dinamismo e a necessidade de inovação tecnológica que se fazem presentes na atividade empresarial, ora porque essa modalidade de intervenção já não mais se fazia necessária. Algumas das razões a justificar a diminuição do Estado podem ser extraídas das lições do professor italiano Giampaolo Rossi[8]:

> a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnicos-especializados; b) aceleração e desenvolvimento tecnológicos dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital – trabalho), ocupação por sinal crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc); e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU etc) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico etc); e, por esses motivos, f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*.

As sucessivas emendas demonstraram a necessidade de se rever o papel que a Constituição de 1988, em seu texto primitivo, reservava ao Estado. A progressiva retirada deste da prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas – Emendas Constitucionais 6/1995, 8/1995 e 9/1995 –, aliada à drástica redução da participação direta do Estado na atividade econômica a partir do Plano Nacional de Desestatização, fez surgir a correlata necessidade de monitoramento constante dessas atividades, visando a evitar práticas abusivas por parte das empresas privadas, condutas anticoncorrenciais ou concentração empresarial, além de procurar garantir a qualidade, a universalidade e a continuidade do

---

[8] ROSSI, Giampaolo. Pubblico e privato nell'economia di fini secolo. In: *Le trasformazioni del diritto administrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 230 a 242.

serviço para os destinatários finais, proteger o consumidor contra a ineficiência, o domínio do mercado, a concentração econômica, a concorrência desleal e o aumento arbitrário dos lucros. Nesses termos, salienta Juan Carlos Cassagne[9]:

> O fenômeno da privatização, ao abarcar a transferência ao setor privado da gestão dos serviços públicos, que antes eram prestados por empresas estatais, trouxe a correlata necessidade de regular essas atividades para proteger devidamente os interesses da comunidade. No campo do Direito Administrativo, não é comum que o Estado regule suas próprias entidades e articule controle na proteção dos usuários, e dificilmente o Estado exige de suas empresas que os serviços públicos por elas prestados sejam disponibilizados com a maior eficiência possível.

A ingerência estatal termina por ser mais forte e mais eficaz quando não é o próprio Estado quem presta diretamente o serviço. A influência sobre a gestão privada, em se tratando de eficiência, tornou-se maior após as privatizações do que quando o poder público prestava diretamente, ou por intermédio de empresas estatais, os serviços públicos, de forma que, hoje, melhores resultados são alcançados.

A regulação, à época do intervencionismo direto, era precária e casuística, fenômeno que pode ser analisado também em outros países que, tais como o Brasil, utilizaram-se de empresas estatais para o desenvolvimento de setores tidos por estratégicos. O professor da Universidade Complutense de Madri, Alberto Alonso Ureba[10], em tese publicada sobre as empresas públicas, destaca que, apesar dessas entidades disporem de diversos privilégios não extensíveis ao setor privado, como situações de monopólio, linhas especiais de crédito, subvenções, dotações orçamentárias, atribuições patrimoniais, isenções fiscais, entre outros, os resultados que oferecem para a sociedade são manifestamente negativos, como escassa produtividade, altos índices de prejuízos e de endividamentos, custos vultosos com pessoal, ao passo em que não há o correspondente volume de investimentos necessários em tecnologia, acarretando a perda de competitividade internacional.

Embora se encaixem com maestria à vida das nossas empresas públicas, tais características não são exclusivamente brasileiras. Ao contrário, são comumente encontradas em diversos países que adotaram essa modalidade de ente estatal, como Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Chile, Argentina e Espanha. Os pífios resultados foram produzidos tanto nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos como nas que atuavam na atividade econômica, sem que houvesse uma justificativa razoável para a permanência de tais empresas no mercado.

Gravíssimas são as consequências de um setor público ineficaz para o conjunto do sistema econômico: constante pressão orçamentária e fiscal, represando grande parte dos recursos públicos, aumento extorsivo da carga tributária, para financiar a manutenção do modelo estatal inoperante, descrédito internacional, hiperinflação,

---

[9] CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994. p. 150.

[10] UREBA, Alberto Alonso. *La empresa publica*. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985. p. 424 et seq.

incapacidade de promover uma poupança pública apta a financiar políticas urgentes, redução das taxas de crescimento e estagnação da renda dos habitantes.

Estudos realizados em diferentes países que adotaram tal modelo demonstram que a principal causa de ineficiência das empresas estatais é o excesso de intervenção política na gestão empresarial, o que resulta em uma desprofissionalização e atecnicidade dos dirigentes, bem como a consequente dependência dos órgãos de gestão e de administração a jogatinas político-partidárias. Conforme ressalta o professor Ureba[11]:

> O controle político não se limitou à fixação dos grandes objetivos sociais, políticos e econômicos, através de diretrizes básicas ou gerais compatíveis com uma independência na gestão ordinária que permita uma atuação eficaz com base em critérios comerciais e, em conformidade com isso, uma exigência de responsabilidade quando fosse o caso, senão que se chegou a uma interferência total das instâncias políticas que não se traduz naquelas diretrizes básicas, nem no controle por nomeação e remoção direta e livre de diretores e conselheiros, mas que se estende inclusive à gestão ordinária (salários, tarifas, inversões, financiamento, comercialização, produção), dando lugar a uma confusão dos poderes e das responsabilidades, o que se agrava ainda mais com as mudanças produzidas pela alternância política.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, da adoção do funesto modelo do *Spoil System*, prática tão comum na administração pública brasileira e que consiste em exonerar todos os funcionários que haviam sido nomeados para cargos de confiança na gestão política anterior, pouco importando a presteza com que desempenhavam seus misteres e a importância que representavam à preservação da memória da instituição. É a adoção do critério do apadrinhamento, em detrimento de uma administração pública imparcial e despersonalizada, ignorando-se a técnica, a experiência e a especialização acumuladas.

Ora, se essa crítica pode ser feita em relação a países nos quais bem cedo foram estipulados os limites entre a esfera pública e a privada, o que se dirá em relação ao Brasil, de origens patrimonialistas e no qual ainda se podem sentir os efeitos perversos das distorções causadas por séculos de apropriação indevida do público pelo privado – nepotismo, corrupção, clientelismo, corporativismo, fisiologismo?

Vale sublinhar, no caso concreto, o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ocupar um não orgulhoso lugar de destaque na máquina administrativa do Governo. A presidência da estatal é disputadíssima, uma vez que assegura ao detentor a possibilidade de preencher mais de 120 cargos no alto escalão, entre diretores e coordenadores regionais, além do poder de administrar uma receita anual de aproximadamente R$ 7,6 bilhões[12] e um mercado que movimenta cerca de R$ 8 bilhões[13], em dados relativos ao ano de 2004. Não é preciso ressaltar a natureza política das nomeações para tais cargos, a beneficiar os amigos dos que têm poder.

---

[11] UREBA, Alberto Alonso. Op. cit., p. 451 e 452.

[12] Disponível em: http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1. Acesso em 9 maio 2005.

[13] Disponível em: http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1. Acesso em 9 maio 2005.

Dados financeiros de 2003, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mostram como a gestão do dinheiro público, na maior parte das vezes, não acontece com a acuidade e a presteza que acometem o administrador de recursos próprios. Observa-se que a receita operacional da empresa é inferior, em quase meio bilhão de reais, aos gastos efetuados[14], e que esta diferença assume posição crescente, ao correr dos anos. A estatal só não opera no vermelho por conta de aplicações financeiras que realiza com os valores percebidos e que lhe garante uma sobrevida para operar nos anos seguintes.

Diversas são as críticas realizadas à gestão financeira da empresa, especialmente quanto aos gastos efetuados com a contratação de aeronaves para proceder à distribuição da correspondência. Espantosamente, agindo na contramão das empresas internacionais que atuam no mesmo setor, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não possui sequer um avião em sua frota de veículos, apesar de precisar de mais de 35 aeronaves diariamente – necessidade suprida por meio de fretamentos com as mais variadas companhias aéreas – para atender à demanda na entrega postal[15].

Observa-se, portanto, que, muitas vezes, a intervenção direta praticada pelo Estado está mais perto dos interesses secundários do que dos primários, verdadeiramente públicos, para aludir à clássica distinção feita por Renato Alessi. Preservam-se os interesses do ente estatal incumbido da prestação da atividade em vez de proteger os usuários, destinatários finais, obedecidos os princípios da celeridade, da economicidade e da eficiência.

A comprovada ineficácia com que a atividade econômica era prestada pelo Estado terminou por acelerar a progressiva retirada do Estado da prestação das atividades econômicas. De toda sorte, a referida retração estatal não pode ser analisada fora da conjuntura de reformas que permeia a atual administração pública brasileira. Novos modelos vêm sendo implementados, novas figuras jurídicas vêm sendo criadas, como a regulamentação dos contratos de concessão e de permissão, os contratos de gestão, os órgãos reguladores, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (OSCIP), as agências executivas, as parcerias público-privadas, tudo isso a partir da premissa de que a preservação do interesse público nem sempre é sinônimo de atuação estatal. Ao reverso, o que a experiência vem demonstrando é que em muitos casos mais se atende ao interesse social quando o Estado se retira da prestação direta e passa a atuar de outra maneira, como ente capaz de regular, fiscalizar e impor sanções, de acordo com os ditames do art. 174 da Carta Política, e liberta a atividade econômica para seus verdadeiros titulares: a iniciativa privada.

---

[14] Os dados financeiros de 2003 são os seguintes: Receita Operacional: 5.870.229 bilhões. Despesa Total: 6.207.526 bilhões. Receita Total (com aplicações financeiras): 6.495.736 bilhões. Disponível em: http://www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/dados_financeiros_2003.cfm. Acesso em 9 maio 2005.

[15] Dados obtidos em audiência pública realizada em 25 de novembro de 1999, número 1314/1999, na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática na Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei 1.491/1999, tendo como convidado Egydio Bianchi, então presidente da estatal.

Nesse teor, bem advertiu o professor da Faculdade de Lisboa Marcello Caetano[16], ao afirmar que, em uma sociedade com economia de mercado, somente se justificaria a assunção, pelo Estado, de serviços públicos de natureza econômica – com a correlata exclusão da iniciativa privada – se esta tivesse se revelado insuficiente ou deficiente, ou ainda se, para o interesse público, houvesse se mostrado deveras perigosa a insegurança na competição entre as empresas ou a oscilação dos preços, o que simplesmente não é o caso no contexto postal brasileiro.

Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no direito administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei 6.538/1978, especialmente o texto do art. 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.

Evidenciada a não recepção do monopólio do serviço postal pela Carta Política, cumpre analisar, ainda, o enquadramento do referido serviço nas áreas de atuação estatal. Uma das classificações da teoria do serviço público procura examiná-lo em relação aos destinatários finais. Quando se observa que determinada prestação beneficia a todos, coletivamente, tem-se que esta é uma atividade de interesse público, em sentido lato. Tradicionalmente, vinculava-se a ideia de serviço público à satisfação de necessidades coletivas pelo Estado. Todavia, nem sempre essa definição corresponde à melhor forma de atender à vontade geral.

É preciso destacar que não se pode ter tamanho apego à forma, ou melhor, não se deve desenvolver o fetichismo exegético de dar mais importância ao conceito do que à essência da atividade desempenhada. Em vez de adotar parâmetros estanques e bitolados, como, por exemplo, o fato de serviço público necessariamente significar prestação estatal, deve-se ter o cuidado de analisar a essência da atividade que está sendo desenvolvida, para, somente a partir desse ponto, classificá-la como sujeita ao regime de direito público ou de direito privado.

Desse modo, no contexto de reestruturação do Estado, pode-se esboçar o seguinte esquema de delimitação das áreas de atuação estatal:

a) Núcleo de atividade estratégica – corresponde às funções indelegáveis do Estado, compreendendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o Ministério Público, a Presidência da República, e demais órgãos – de direção, de execução e consultivos – integrantes das pessoas estatais, responsáveis pelo planejamento e pela formulação das políticas públicas;

b) Atividades próprias, típicas e exclusivas de Estado – são os serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – regulamentar, fiscalizar, fomentar. Determinadas atividades, tais como diplomacia, polícia judiciária, arrecadação e fiscalização de tributos, atividade de procuradoria fazendária, regulação de setores de infraestrutura, entre outras, fazem parte do rol das funções tipicamente estatais,

---

[16] CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Amedina, 1994. v. II, p. (...).

não podendo ser privatizadas nem desempenhadas por terceiros, ante razões de segurança e de soberania nacional;

c) Terceiro setor (serviços não exclusivos) – trata-se do chamado setor "público não estatal", como a área de saúde, telecomunicações, educação. A reforma que vem sendo implementada no Estado prevê a paulatina transferência da prestação de alguns destes serviços, que deixam de ser realizados pelo poder público e passam a ser executados por entes em colaboração, como as organizações sociais, que pactuam contratos de gestão com a administração pública (Lei 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse público, que celebram termos de parceria com o ente estatal (Lei 9.790/1999);

d) Quarto setor (produção para o mercado) – é a área de produção e circulação de bens e serviços, atividades de cunho econômico, de que o Estado era titular por conta da Constituição Federal. A reforma no aparelho estatal possibilitou a transferência da titularidade de empresas públicas, passando-as para a iniciativa privada, pelo Programa Nacional de Desestatização.

No caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

É preciso destacar que a defesa de privilégios corporativistas não pode ser mascarada sob o rótulo de nacionalismo. Tal observação faço, inclusive, para afastar qualquer tipo de interpretação que gere mal-entendidos: na ADI 3.273-9/DF, ao proferir voto-vista, entendi que o monopólio do petróleo não se coaduna com a transferência de propriedade do bem e que, no caso, era necessária a intervenção direta do Estado na economia, ante razões óbvias, creio eu, para fazer predominar o interesse público, em jogo a soberania nacional. O Tribunal concluiu não haver o monopólio, ficando mitigado o alcance do vocábulo constante do art. 177 da Constituição Federal. Então, qual será o enfoque ante o fato de o art. 21 não prever, ao contrário das Constituições de 1934 e de 1937, o exercício privativo da atividade na qual hoje prevalece o conteúdo econômico e referir-se apenas à manutenção? O que significa, no contexto social do momento, o verbo "manter", inserido no inciso X do art. 21?

A leitura da Constituição revela que o legislador constituinte, quando quis remeter à necessidade de prestação direta da atividade pelo Estado, consignou-a expressamente, utilizando-se, para tanto, de construções como "explorar, diretamente ou mediante concessão", para o caso das telecomunicações, considerado o texto original do inciso XI do art. 21; ou "explorar diretamente ou mediante

autorização, concessão ou permissão", para os casos de radiodifusão sonora, de sons e de imagens (art. 21, XII, *a*); para os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, *b*); para a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, *c*); para os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, XII, *d*); para os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, *e*) e, ainda, quanto aos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, *f*).

A Constituição Federal é exaustiva, também, no tocante à instituição do monopólio da atividade econômica – arts. 21, XXIII, e 177 da Carta, a saber:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer *monopólio* estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...)
> Art. 177. Constituem *monopólio* da União:
> I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
> II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
> III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
> IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
> V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo "manter", a compelir a União a assumir os ônus relativos aos serviços postais, significa na verdade "prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado". A prevalecer esse entendimento, é dado imaginar uma interpretação extensiva, no sentido de dizer que, onde na Constituição se lê "manter", leia-se "monopólio", o que é absolutamente risível. No caso e ante as peculiaridades envolvidas, "manter", na verdade, significa um conjunto de serviços que devam ser garantidos necessariamente pela União, o que abrangeria, inclusive, eventual exigência de prestá-los diretamente, quando não houver interesse econômico suficiente à implementação da atividade em determinados pontos do território nacional. Funciona como espécie de aval que a União concede aos cidadãos, obedecidos os princípios de continuidade e de universalidade dos serviços.

Não há qualquer menção, no texto constitucional de 1988, ao monopólio na prestação dos serviços postais. Quando a lei foi editada, em 1978, atendia-se à previsão inserida na Constituição de 1967 e repetida na Emenda Constitucional 1, de 1969, no sentido de que a legislação infraconstitucional poderia fixar monopólios. É

que, naquela época, a atuação estatal na economia não se fazia de forma subsidiária. As empresas públicas e as sociedades de economia mista surgiram no direito brasileiro justamente sob os auspícios da Constituição pretérita, na década de sessenta, e serviram para intervir em esferas que se mostravam nitidamente econômicas.

É preciso ressaltar que a reconstrução do papel do Estado brasileiro envolve a superação de falsos dilemas, como o que levava a optar necessariamente pelo maniqueísmo entre serviço público e atividade econômica, como se uma atividade não pudesse correlacionar, ao mesmo tempo, os dois conceitos. Cumpre dissipar a ilusão de que os direitos fundamentais somente são observados se houver a preservação do Estado interventor. O Estado deve atuar, sim, mas de maneira subsidiária, de forma a assegurar boas condições para o crescimento da economia e o melhor desenvolvimento das capacidades de cada indivíduo, garantindo igualdade de oportunidades e viabilizando os deveres de continuidade, de universalidade e de eficiência na obtenção dos serviços públicos.

Abandonemos o conceito de Estado burocrático, formalista, exageradamente apegado aos meios, extremamente rígido, instituído no Brasil na década de trinta para fazer oposição ao Estado patrimonialista e que atendeu à proposta de dominação racional-legal idealizada por Max Weber. Adotemos o modelo de Estado gerencial, em vigor nos países escandinavos, na Inglaterra, na Austrália, como aquele que busca resultados, concede autonomia aos agentes, descentraliza os poderes, muito mais do que a mera observância de regras. Nesse sentido, atender ao princípio da subsidiariedade significa dizer que o que possa ser realizado de maneira satisfatória pelas empresas privadas não deve ser assumido pelo Estado. A eficiência do poder público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas.

Nessa toada, a atuação do Estado na atividade econômica deverá ocorrer apenas quando esta se mostrar falha, ou insuficiente, de modo que o poder público aja de maneira a corrigir as imperfeições que o mercado sozinho não for capaz de digerir. Quando o cumprimento pela livre iniciativa se mostrar imperfeito, como, por exemplo, quando não atender às necessidades de universalização do serviço, deverá o Estado intervir, para garantir–lhe a manutenção de forma adequada a todos os cidadãos. Nesse sentido, valiosas são as lições extraídas de obra do professor Juan Carlos Cassagne[17]:

> A instituição dos monopólios em matéria dos chamados serviços públicos, industriais ou comerciais, contradiz abertamente o princípio da subsidiariedade, que legitima a gestão [estatal] e, ao mesmo tempo, desemboca em um sistema de alto custo social, já que as formas monopolísticas de prestação desses serviços públicos geram uma ineficiência natural que chega a resistir até às mudanças tecnológicas, à racionalização do serviço e à seleção de pessoal.

---

[17] CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 35.

Na maioria esmagadora das situações, a razão que motivou o Estado brasileiro a intervir diretamente na economia não foi ideológica, mas prática, à exceção dos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. É chegada a hora de reconhecer a crise do modelo adotado, porquanto a implicar intervenção desnecessária em uma área que consegue perfeitamente sustentar-se a partir da iniciativa privada, resultando, ainda, na submissão de um setor da economia à dispensável subordinação a fatores políticos.

Ao reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, torna-se de menor importância o interminável e insolúvel debate que permeia a exata definição do que vem a ser precisamente o serviço postal – se se trata de serviço público ou de atividade econômica no sentido estrito. Essa discussão envolve conotações de sectarismo ideológico que descamba para a retórica e para o jogo de palavras e conceitos, o que simplesmente não é necessário para resolver o problema versado nesta arguição.

É preciso avançar e superar esse dilema que, na essência, apresenta-se falso, haja vista a possibilidade de conviverem diferentes regimes de realização da atividade: a prestação subordinada ao regime público, sujeita à observância dos princípios de universalidade e de continuidade do serviço, em termos fixados em contratos de concessão ou permissão, com as garantias que lhe são peculiares, e a prestação subordinada ao regime privado, observando-se os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência, podendo ser submetida a um regime de autorização por parte do poder público, a depender do tipo de atividade desempenhada.

A maneira como o serviço postal será prestado para a sociedade é, de fato, uma escolha política, cuja opção não compete ao Judiciário fazer: pode ser entendido como um serviço público não exclusivo, de modo que os particulares sejam chamados para atuar em colaboração com o Estado; pode ser tido como atividade econômica em sentido estrito, de tal forma que a atuação privada seja regulada apenas pelas leis do mercado; pode ser considerada a dualidade de regimes, com prestação tanto no regime público – hipótese em que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos atuaria com a observância dos deveres de continuidade e universalidade do serviço –, como no regime privado – quando empresas privadas operariam no mercado sujeitas à autorização por parte do poder público.

Todavia, independentemente do modelo a ser escolhido, o que não se pode conceber, porque não há qualquer dispositivo constitucional que assim o permita, é a convivência da liberdade de iniciativa como princípio fundamental da República Federativa brasileira e o vetusto e ultrapassado monopólio, há muito instituído, por meio de lei anterior à Carta de 1988 e que não mais atende ao interesse público, cuja sobrevivência decorreu, ao longo desses anos, de pressões político-partidárias, fazendo gerar inúmeros conflitos de interesse.

A possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei 9.472, de 1997, quando se consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público com o privado. E, para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço

público e atividade econômica é que o constituinte derivado houve por bem retirar o adjetivo "público", que qualificava o serviço de telecomunicações, isso quando da Emenda Constitucional 8, de 1995. Desse modo, o texto atual remete ao "serviço de telecomunicações" quando versa sobre a competência da União para explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, e não mais ao "serviço público de telecomunicações".

Quando se permite a livre atuação das empresas privadas, admite-se que estas estarão sujeitas a duplo controle: além da regulação ínsita a cada categoria, determinada pelo poder público, deverão ainda passar pelo crivo do exigente consumidor, cidadão-cliente, que, atento ao valor do próprio salário, procura a melhor resposta à equação custo/benefício, o que o monopólio, ao estabelecer a exclusiva prestação da atividade, não consegue responder, uma vez que obriga os consumidores a aceitar passivamente o preço que lhes é imposto. Não raras são as hipóteses em que o preço ofertado pelos Correios para custear certa entrega chega a ser nove vezes superior ao preço realizado pelas demais empresas que operam no mercado, como, por exemplo, acontece no setor de distribuição de gás canalizado[18].

A justificativa da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a diferença de preços praticados no setor postal baseia-se no princípio da universalização dos serviços. Dessa forma, argumenta que, para atender ao princípio do serviço universal, conjugado com a modicidade das tarifas, faz-se necessário superfaturar o preço da entrega da correspondência, quando o remetente e o destinatário se localizarem na mesma capital, ou, ainda, em capitais diferentes, visando a custear a entrega postal de destinatários e/ou remetentes situados em locais longínquos, ou cidades que não sejam capitais dos Estados da Federação.

No setor das telecomunicações, a controvérsia sobre os custos da universalização da atividade foi resolvida por meio da criação do Fundo de Universalização do Setor de Telecomunicações (FUST), quando se previu que as empresas particulares atuantes no setor deveriam destinar parte dos lucros para garantir que o serviço de telecomunicações fosse prestado de forma contínua, universal e com tarifas módicas pela empresa que estivesse atuando sob o regime de direito público, na modalidade de concessão.

Mencionem-se os arts. 1º, 5º e 6º da Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000 – por meio da qual se instituiu o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações –, apenas para elucidar o debate:

> Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.
>
> (...)

---

[18] Informação colhida de memorial entregue pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (ABEGÁS), que não é parte neste processo.

Art. 5º Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com o plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos;

I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes;

II – (*vetado*)

III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo;

IV – implantação de acessos individuais para prestação de serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde;

V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde;

VI – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários;

VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos frequentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo;

VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas;

IX – atendimento a áreas remotas e de fronteiras de interesse estratégico;

X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública.

XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional;

XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes;

XIII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes;

XIV – implantação da telefonia rural.

§ 1º Em cada exercício, pelo menos trinta por cento dos recursos do Fust, serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC nas áreas abrangidas pela Sudam e Sudene.

§ 2º Do total dos recursos do Fust, dezoito por cento, no mínimo, serão aplicados a educação, para estabelecimentos públicos de ensino.

§ 3º Na aplicação dos recursos do Fust será privilegiado o atendimento a deficientes.

Art. 6º Constituem receitas do Fundo:

I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;

II – cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas *c*, *d*, *e* e *j* do art. 2º da Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51

da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais;

III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização, de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência;

IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

V – doações;

VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.

Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta Lei.

Ao se aludir ao modelo que rege as telecomunicações, é importante esclarecer que não se pretende propor a adoção desse ou daquele sistema, substituindo-se ao legislador, nem mesmo sugerir que compete ao Judiciário atuar como legislador positivo. Entretanto, a comparação com o molde das telecomunicações torna-se praticamente inevitável, ao se observar que tal cenário fora também idealizado para o segmento postal, quando do Projeto de Lei 1.491, de 1999, da autoria do Poder Executivo de outrora, sob o comando do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

Naquele projeto, havia a referência ao Fundo de Universalização dos Serviços Postais (FUSP), à criação da Agência Nacional de Serviços de Correios, como ente regulador, e, sobretudo, ao fato de que o serviço poderia ser prestado tanto no regime público, como no regime privado. O primeiro sujeitar-se-ia aos deveres de universalização e de continuidade e seria regido por contrato de concessão, excepcionalmente, de permissão. O segundo estaria submetido a regime privado, precedido de autorização, atuando-se a partir dos princípios da livre iniciativa e do livre exercício profissional, à mercê de concorrência ampla e justa e do respeito aos direitos dos usuários.

A despeito das inúmeras audiências públicas que permearam o debate, com representantes das mais diferentes categorias, tanto profissionais como econômicas, envolvendo a comunidade nacional e internacional, apesar da maturidade em que se encontrava o citado projeto de lei, discutido durante mais de quatro anos, inesperadamente, por meio da Mensagem 558, de 22 de outubro de 2003, o atual Poder Executivo formalizou o pedido de retirada do projeto da tramitação no Congresso Nacional, porquanto estaria "totalmente transfigurado e dissociado da ampla reforma econômica e social" que o hodierno governo diz propor para a nação brasileira.

Com isso, quer-se apenas ressaltar que o próprio governo de outrora já entendia não mais caber qualquer espécie de atuação monopolística, com reserva de mercado exclusiva para a ECT. Ao revés, reconhecia a necessidade de um modelo que fosse mais ágil e eficiente e sinalizava ser possível a convivência de dois regimes, afastando-se, desse modo, da controvérsia sobre a exata definição do serviço postal como serviço público ou como atividade econômica.

À luz do direito administrativo, não é dado olvidar a existência dos chamados conceitos indeterminados, cuja densificação é extremamente volátil e decorre dos sabores do momento. Na França, por exemplo, berço da Escola do Serviço Público, sistematizada por Duguit e Gastón Jèze, a religião chegou a ser considerada espécie de serviço público. Atualmente, no entanto, não só o Estado é laico, mas ainda são proibidas quaisquer manifestações de índole religiosa em escolas públicas, rejeitando-se inclusive demonstrações por meio de vestimentas e objetos pessoais. Nos países anglo-saxões, por sua vez, o conceito de serviço público liga-se à existência, ou não, de algum tipo de regulação estatal a submeter os prestadores privados daquela atividade, e não à execução direta por meio da administração pública.

No Brasil, a história é pródiga em demonstrar exemplos de que a melhor noção de serviço público não se vincula à essência do objeto em si, mas decorre de uma necessidade pontual e historicamente determinada de maior intervenção a ser feita pelo Estado em certa esfera da economia. O que em época de que não se tem saudade seria facilmente compreendido como "serviço público", a demandar a intervenção estatal, hoje não passaria de manifesta demonstração de interferência indevida do ente público na atividade privada, a saber:

– O Departamento Nacional do Café – criado pelo Decreto 22.452, de 10 de fevereiro de 1933;

– O Instituto Nacional do Açúcar e do Álcool – criado pelo Decreto 22.789, de 1º de julho de 1933;

– O Instituto Nacional do Malte – criado pelo Decreto 375, de 13 de abril de 1938;

– O Instituto Nacional do Sal – criado pelo Decreto-Lei 2.300, de 10 de junho de 1940;

– O Instituto Nacional do Pinho – criado pelo Decreto-Lei 3.124, de 19 de março de 1941;

– As Companhias Industriais de Leite, criadas em diferentes Estados da Federação;

– O Lloyd Brasileiro, sociedade anônima privada, que explorava a navegação de cabotagem e de médio e longo cursos e que passou a ser empresa estatal por meio do Decreto 1.708, de 11 de junho de 1937;

– As Estradas de Ferro Central do Brasil – criadas pelo Decreto-Lei 3.306, de 24 de maio de 1941.

Nesse rol, e por idênticas razões, não poderíamos deixar de citar a criação do Departamento de Correios e Telégrafos, por meio do Decreto 20.859, de 26 de dezembro de 1931, como exemplo de atividade econômica que durante certo período – respeitadas circunstâncias sociais diversas das que temos hoje – chegou a ser considerada espécie do gênero serviço público.

Observa-se, desse modo, que a noção de serviço público não está ligada a questões ontológicas, nem mesmo funciona como corolário da natureza das coisas. Nenhuma atividade é, em si mesma, um serviço público. Tudo depende da maior ou menor intervenção que o Estado deseje realizar na atividade econômica. É preciso não perder de vista a advertência feita por Fernando Herren Aguillar sobre o fato de as correntes definições sobre serviço público remeterem a generalizações que foram ganhando espaço ao longo do tempo, de forma que o intérprete termina por filiar-se a longínquas tradições que são reproduzidas, sem proceder, contudo, à indispensável crítica[19]. A par desse aspecto, o uso abusivo do conceito termina por enfraquecer-lhe a importância, banalizando-o e tornando-o carente de significado e de conteúdo.

O debate sobre a necessidade de quebra do monopólio do serviço postal não é novo na sociedade brasileira. Nos idos de 1994, época da revisão constitucional, e presente enfoque próprio dado à clausula constitucional existente, o parecer do então relator-geral[20], deputado Nelson Jobim, já sinalizava para a importância de se proclamar extinto o monopólio do serviço postal, com o fim da reserva de mercado para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de maneira que a atividade pudesse, sem percalços, ser explorada também pela iniciativa privada. No ano 2000, o professor da Universidade de São Paulo Eros Roberto Grau, em parecer exarado a pedido da ECT – pendente de publicação –, manifestou-se positivamente sobre a constitucionalidade do então Projeto de Lei 1.491/1999, admitindo a possibilidade da prestação do serviço em regime privado e, ainda, a constitucionalidade da prestação do serviço postal por meio de duplo regime, a despeito de haver concluído que os serviços postais seriam espécie de serviço público. O professor entendeu, também, que os serviços postais não poderiam configurar monopólio, não obstante poderem eventualmente submeter-se a um regime especial de privilégio.

Agora, finalmente, o Judiciário é chamado a enfrentar o problema e a interpretar se é possível a convivência do monopólio postal de outrora, de simples conotação legal, com a Constituição Federal de 1988.

---

[19] AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 117 et seq.

[20] Parecer 40, sobre concessão de serviços públicos. Segunda Versão, publicada em 30-5-1994. In: *Relatoria da revisão constitucional*, Tomo II, p. 278; "Jobim propõe quebra de monopólios". *Jornal da Tarde*. 4 mar. 1994. p. 7.

No direito comparado[21], a disciplina conferida ao tema é bem diferente do monopólio cuja prevalência quer fazer crer a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. À exceção da Holanda e da Argentina, onde o serviço postal foi privatizado, o que se observa geralmente é a participação dos capitais público e privado na operacionalização dos serviços postais, havendo regime de concorrência na maior parte dos setores de entrega. Como exemplo, tem-se a Alemanha, onde participam da prestação dos serviços postais os capitais público e privado, bem como a França, onde se formaram os *joint-ventures* para atuar no setor. Empresas privadas celebram termos de parceria com o setor público ao redor do mundo, como acontece na Austrália e no Canadá. A Finlândia, a Suécia e a Nova Zelândia aboliram completamente o monopólio estatal do serviço de entrega de correspondências. A União Europeia lançou os fundamentos do fim do monopólio postal na Diretriz 97/67/CE, para que as nações integrantes da União flexibilizem os mercados. Nos Estados Unidos, a empresa estatal, *United States Postal Service* (USPS), tem o monopólio da entrega relativamente às cartas comuns, mas não quanto às encomendas expressas e ao serviço rápido, que são abertos à concorrência. A maior empresa privada do país, a *United Parcel Service* (UPS) fatura 30 bilhões de dólares por ano e entrega 14 milhões de encomendas por dia. Na Inglaterra, desenvolve-se o sistema de franquias – o que também chegou a acontecer no Brasil, e que serve como reforço de argumentação no sentido de não se poder considerar o serviço postal como um serviço público exclusivo e monopolístico, porque a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, como delegatária do serviço, não poderia livremente franquear a atividade a terceiros interessados sem que isso fosse considerado como uma inconstitucionalidade flagrante, uma vez que, por meio do art. 175, prevê-se que os serviços públicos serão prestados diretamente pelo Estado ou, se por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação. Entretanto, mesmo diante da vedação constitucional a proibir a delegação de serviço público sem que dantes seja precedida de regular licitação, a ECT realizou, no período compreendido entre 1990 e 1994, quase dois mil contratos de franquia, talvez por perceber que de serviço público já não mais se tratava, o que denota, a mais não poder, a evidente contradição considerada a atuação anterior da ECT e o entendimento sustentado nesta arguição. Em 1994, no entanto, o sistema de franquias foi proibido por decisão do Tribunal de Contas da União, até que o setor fosse devidamente regulamentado e não mais pairassem dúvidas sobre a que tipo de regime estaria submetida a execução da atividade.

É preciso ter em mente que "liberalização" do setor não se confunde com "privatização". O serviço postal compõe-se de diversos blocos diferenciados, no que tange ao perfil do cliente, à concorrência, ao ciclo de vida do produto e à densidade tecnológica dos serviços. Há no mercado espaço e condições para

[21] Dados obtidos no Seminário Internacional "Reforma dos Correios do Mundo", realizado por iniciativa da Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados, do Ministério das Comunicações e do Ministério das Relações Exteriores, por meio da Agência Brasileira de Cooperação e pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em 27 e 28 de outubro de 1999.

que várias empresas atuem, especializando-se em determinado segmento da atividade. Como exemplos, cabe citar os seguintes setores do mercado: remessas expressas internacionais e nacionais, distribuição urbana, como ocorre com as multas de trânsito e com contas de serviços de telefone, luz e gás, impressos, correspondência agrupada, encomendas, *marketing* direto, financeiro, atendimento e correio híbrido – quando forem conjugados o processamento de informações, impressão remota e entrega.

Poder-se-ia aumentar ou diminuir o preço do serviço de acordo com a prioridade da entrega e não somente a partir da natureza do objeto transportado, o que ocasionaria diversos tipos de prestação: urgente – para clientes que privilegiassem prazo em relação ao preço –, normal – relação de equilíbrio entre prazo e preço – ou econômica – quando preço fosse o fator preponderante da escolha.

A par desses aspectos, faz-se necessária, ainda, uma reestruturação do setor, reformatando-se a logística postal, de modo a priorizar investimentos nas evoluções tecnológicas – de que são exemplos os sistemas código de barras, o *Remote Video Coding System* (RVCS) e o *Optical Character Recognition* (OCR). Se antes se priorizava a entrega de cartas – cujo decréscimo de volume decorreu em larga medida dos fac-símiles e das mensagens eletrônicas –, agora a grande atuação do serviço postal é a entrega de encomendas, impulsionada principalmente com a forte demanda decorrente das compras realizadas pela internet. Por mais que se pretenda modernizar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a permanecerem as amarras que decorrem necessariamente da submissão desta ao regime de direito público, no sistema de monopólio, os principais prejudicados serão, certamente, os consumidores finais, como partes mais frágeis e hipossuficientes dessa relação.

Conta a mitologia grega que, no caminho para Atenas, havia um ladrão chamado Procrusto. Referido malfeitor, imbuído de sentimentos vis, além de assaltar aqueles que passavam, atemorizava-os com um teste cruel: os transeuntes deveriam deitar-se em um leito, o "Leito de Procrusto", e, se acaso nele coubessem, poderiam continuar seguindo o próprio caminho. Entretanto, se fossem maiores, o satisfeito mentecapto cortava-lhes a cabeça, a fim de se amoldarem à armação. Se fossem menores, porém, seriam espichados até poderem conformar-se à superfície e, então, saciar a vontade do salafrário.

Não se pode transformar a Carta da República no "Leito de Procrusto" e, assim, espichar ou diminuir o alcance das suas normas conforme se fizer necessário para que se julgue constitucional certa lei ou ainda determinada política de governo que se queira defender. Os intérpretes do Diploma Maior devem zelar para que este se mantenha íntegro, forte, para que os princípios constitucionais, tão caros à Democracia, sejam sempre analisados em conjunto, a fim de manter a unidade de uma Lei Fundamental que efetivamente represente o espírito de seu povo.

Acolho o pleito formulado na inicial para declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os artigos da Lei 6.538/1978 que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da

União – ou, mediante sutil jogo de palavras, em regime de "controle/privilégio exclusivo", conforme quer fazer crer a Advocacia-Geral da União, em memorial entregue a esta Corte – a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, cabeça, IV e parágrafo único.

É como voto na espécie.

VOTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, acabamos de ouvir um longo voto, muito bonito desde o seu primeiro momento, quando o ministro relator começou fazendo uma exposição sobre a interpretação, o círculo hermenêutico, a pré-compreensão, temas que entendo fascinantes. Mas vou pedir vênia pra divergir. Diria, inicialmente, que toda a exposição atinente à atividade econômica em sentido estrito perde o sentido porque o serviço postal é serviço público.

Como observei ao votar na ACO 765, na sessão do dia **1º de junho de 2005**, embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de *atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito*[22], há casos nos quais essa identificação pode ser operada com facilidade. Faço alusão, aqui, a hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria; temos aí os *serviços públicos por definição constitucional*.

Quanto ao parecer por ele referido – eu me permitiria corrigir o ministro Marco Aurélio – não é "ainda não publicado", é "não publicado"...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Imaginei que Vossa Excelência daria conhecimento a todos pela valia, pelo conteúdo do parecer.

O sr. ministro Eros Grau: É que o parecer, na verdade, versa sobre um projeto de lei. Mas não discrepa em nada da lei vigente. Fala em serviço postal, que é o conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado. Praticamente não inova nada. Vou chegar lá, mais adiante. De qualquer modo, o que está afirmado lá e o que tenho afirmado, inclusive em trabalho acadêmico, é que o serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte o arguente é equívoca. O serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido.

---

[22] Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92 et seq.

De serviço a ser prestado exclusivamente pela União se trata. Lembro neste passo afirmação de *José Afonso da Silva*[23]: "Além da exploração e execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que reputou públicos, tais como: (a) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; (...)". No mesmo sentido, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*[24]: "A Constituição reserva à União o transporte de cartas e encomendas a elas equiparadas, por conta de terceiros, de modo habitual". Relembro, ademais, que o art. 42 da Lei 6.538/1978 define o crime de violação do privilégio postal da União.

Isso é muito importante, porque, embora a lei em alguns momentos mencione, de modo equívoco, em termos de técnica – e isso foi ressaltado da Tribuna –, "monopólio", refere-se, de modo adequado, a violação de privilégio. Pois não se trata de monopólio, mas de privilégio, como referi no parecer aqui aludido pelo ministro Marco Aurélio. Os nomes não alteram a substância da exclusividade.

Tenho reiteradamente insistido[25] na necessidade de apartarmos o regime de *privilégio*, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, do regime de *monopólio* sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* é expressão de uma situação de *privilégio*. *Ruy Barbosa*[26] afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, "absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troco de certas compensações, a esses concessionários privativos". E, adiante, completa: "Num ou noutro caso, pois, todos esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios na significação má e funesta da palavra"[27]. Por quê? Porque se trata da exclusividade da prestação de serviço público, que é atividade distinta da atividade econômica em sentido estrito. Por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.

---

[23] *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 471.

[24] *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Saraiva, 1997. v. I, p. 156.

[25] Meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Cit., p. 124 et seq.

[26] Privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos. In: *Obras completas*. Ministério da Educação e Cultura, Rio, 1963, v. XXXV, t. II, p. 13-14.

[27] Idem, p. 15.

Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida *sob privilégios*, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão.

O argumento desenvolvido na tribuna pelo professor Barroso não se sustenta. Pois é certo que, para que empresa privada pudesse ser admitida à prestação do serviço postal, que é serviço público, seria necessário que a Constituição dissesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal qual o fazem os arts. 199 e 209 em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão. Os artigos mencionados excepcionam o art. 175 para dizer que a prestação de serviços de saúde e educação são livres à iniciativa privada.

O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, entidade da administração indireta da União, como tal criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1969, que foi recebido pela Constituição de 1988. Atua, isto é, deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem, ou seja – em linguagem técnica correta – em situação de privilégio [o privilégio postal] ou – na linguagem corrente – em regime de monopólio.

Quanto ao âmbito do serviço postal, está bem desenhado nos arts. 7º e seguintes da Lei 6.538/1978, também recebida pela Constituição de 1988.

Hesse sustenta a Constituição está condicionada pela realidade histórica, razão pela qual – e o ministro Gilmar Mendes conhece isso de cor, porque traduziu esse trecho, portanto a dicção em português é dele – não se a pode separar da realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade. Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.

O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.

É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.

A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a

atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora – vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no art. 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o art. 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) – vigentes os arts. 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.

Respeitar, fazer cumprir a Constituição, é fundamentalmente dar eficácia, prover a eficácia dos arts. 1º e 3º.

Tudo quanto da tribuna foi dito sobre a evolução da tecnologia é veraz, mas deve refletir-se, na vigência da Constituição de 1988, em aprimoramento tecnológico da empresa estatal delegada da prestação dos serviços, a ECT.

Por isso, senhora presidente, peço vênia para divergir e julgar inteiramente improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhora presidente, só para não perder a oportunidade, gostaria de dizer que não foi à toa que a Constituição falou dos Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – no art. 2º, que é um artigo logicamente intermediário entre o primeiro e o terceiro. Parece que a intenção de Constituição foi dizer: os Poderes, inspirados nos fundamentos da República – art. 1º – deverão alcançar os objetivos do art. 3º. É uma vinculabilidade dupla de todos os Poderes, a um só tempo, aos fundamentos da República e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Só isso.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhora presidente, após o voto do ministro Eros Grau, peço vênia para pronunciar, antecipadamente, o meu pedido de vista.

EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Após o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e do voto do ministro Eros Grau, divergindo, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela arguente, o dr. Luís Roberto Barroso; pelos *amici curiae*, Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas, a dra. Emília Soares de Souza, e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (ABRAEC), o dr. Arnaldo Malheiros Filho; pela arguida, a dra. Maria de Fátima Morais Seleme; pela Advocacia-Geral da União, o dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa; e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Cláudio Lemos Fonteles, procurador-geral da República.

Presidência do ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-geral da República, dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 15 de junho de 2005 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela *Associação Brasileira das Empresas de Distribuição* (ABRAED) contra a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*, objetivando, em síntese, ver declarada a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/1978, especialmente no que tange à existência de monopólio postal no País em favor da União e executado pela arguida.

Aponta a arguente, como preceitos violados, o art. 1º, IV (livre iniciativa), o art. 5º, XIII (liberdade do exercício de qualquer trabalho), e o art. 170, *caput*, IV e parágrafo único (livre iniciativa e livre concorrência), todos da Constituição de 1988.

Justifica a propositura da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental no fato de que a lei questionada é anterior à Constituição de 1988, bem como na existência de diversos atos – inclusive medidas judiciais – perpetrados pela EBCT com o intuito de impedir o funcionamento das empresas de distribuição no País, em razão de seu monopólio.

Sustenta que as empresas de distribuição, "criadas com o fim de atenderem a demanda do mercado de serviços de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de contas de luz e gás etc." (fl. 9), geram cerca de um milhão e duzentos mil empregos. Ressalta que sua pretensão se restringe a produtos de origem comercial/industrial e não alcança a entrega de cartas, lembrando que, nos termos do art. 21, X, da Constituição, cabe à União unicamente manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, o que não significa a existência de monopólio. Segundo afirma, em sendo o monopólio estatal exceção ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o dispositivo da Constituição que prevê os casos de monopólio da União (art. 177) é taxativo.

Por fim, sustenta que o serviço postal se caracteriza como atividade econômica, o que justificaria a impossibilidade de instituição de monopólio para executá-lo, sem expressa previsão constitucional. Ademais, reitera que a Constituição revogou tacitamente a Lei 6.538/1978, fato que corrobora o entendimento de que não existe mais o monopólio postal no País.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), nas informações, sustenta a ilegitimidade ativa da Abraed para propor a presente ação, porquanto associação de associações. Afirma ainda que a EBCT é empresa pública federal, integrante da administração indireta e atuante em todo o território nacional, tendo sido criada pelo Decreto-Lei 509/1969 (art. 1º) e pelo Decreto-Lei 200/1967 (art. 4º, II, *b*). Argumenta que a coleta, transporte, transmissão e entrega de correspondência é uma necessidade de interesse geral, razão por que o serviço postal é um serviço público. Alega, com fundamento na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o serviço postal se estabelece constitucionalmente sobre dois pontos: (i) o direito de todos à sua utilização de forma eficiente e satisfatória e (ii) a garantia constitucional do segredo epistolar – art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Afirma ainda que compete à União executar direta ou indiretamente o serviço postal, o que caracteriza a natureza pública do serviço, de sorte que, por se tratar de prestação de serviço público, não é aplicável o art. 173 da Constituição, direcionado a empresas públicas que exercem atividade econômica. Entende que a delegação não altera nem modifica a natureza e o regime público do serviço postal. Lembra que a EBCT não é concessionária, mas detém a outorga legal da União para a execução do serviço postal.

Por outro lado, ressalta que o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de outros objetos e valores que não configurem carta ou cartão postal e correspondência agrupada, tal como definidos na Lei 6.538/1978, não estão sob o regime de monopólio.

Em síntese, pugna pelo reconhecimento da recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/1978 e, por via de consequência, do monopólio postal da União, ressaltando que a EBCT é o décimo terceiro maior correio do mundo, responsável por 90% do fluxo postal na América Latina, com cerca de cem mil empregados diretos (regidos pela CLT e aprovados em concursos públicos), presente em todos os Municípios brasileiros e merecedora do título de instituição pública de maior credibilidade perante o povo.

Às fls. 978-992, manifesta-se o advogado-geral da União pela compatibilidade entre a Lei 6.538/1978 e a Constituição, em virtude da natureza pública dos serviços postais.

No mesmo sentido, opina o procurador-geral da República em seu parecer, de fls. 1025-1037.

Na sessão plenária de 15-6-2005, o eminente ministro relator proferiu voto acolhendo o pedido da arguente e declarando que

> não foram recepcionados pela Constituição os artigos da Lei 6.538/1978 que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. *1º, IV; 5º, XIII; 170, cabeça, IV e parágrafo único.*

Entendeu o eminente relator que,

> no caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

Na mesma assentada, o ministro Eros Grau divergiu do voto do relator, votando pela improcedência total do pedido, com o fundamento de que o serviço postal constitui serviço público, razão por que não há que se falar em monopólio, mas, sim, em regime de privilégio na prestação desse serviço público. Disse Sua Excelência:

> Tenho reiteradamente insistido na necessidade de apartarmos o regime de privilégio, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.
>
> Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. *Ruy Barbosa* afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, "absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troca de certas compensações a esses concessionários privativos". E adiante completa: "num ou noutro caso, pois, todos esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios na significação má e funesta da palavra".

Para refletir melhor sobre o tema, pedi vista dos autos.

Senhor presidente, temos duas questões fundamentais em análise neste caso, a primeira acerca da definição do serviço postal como atividade econômica ou como serviço público, e a segunda, em sendo ele considerado serviço público, relativa ao estabelecimento do limite de sua prestação pelo poder público – noutras

palavras, se deve ser ele prestado em regime de privilégio pela União, por meio da EBCT, ou se pode ser delegado a terceiros, e em que extensão.

No que tange à primeira questão – saber se o serviço postal é serviço público ou atividade econômica –, aqueles que entendem que se trata de atividade econômica fundam-se nos dispositivos constitucionais que regem a Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 e seguintes). Partindo de uma análise do que a Constituição define como ordem econômica, entendem que a livre iniciativa é o princípio norteador de todo o sistema econômico brasileiro, só podendo sofrer as restrições impostas pela própria Constituição (em especial, no art. 173). Assim, se a Constituição enumera, no art. 177, as atividades que constituem monopólio da União, e entre elas não se encontra o serviço postal, por conseguinte essa atividade não está sujeita a monopólio da União. Privilegia-se o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, ressaltando-se as vantagens da competição livre e desmedida para a sociedade.

Não obstante os argumentos expostos, parece-me estar com a razão a doutrina brasileira, amplamente majoritária, que entende ser o serviço postal um serviço público. Nesse sentido, cito, como exemplos, Hely Lopes Meirelles[28]; José dos Santos Carvalho Filho[29], Maria Sylvia Di Pietro[30], Celso Antônio Bandeira de Mello[31], Odete Medauar[32] e José Afonso da Silva[33], entre outros.

De fato, conforme ensina José Afonso da Silva:

> A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores de empresa privada. O serviço público é, por sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe **titularidade** privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico.

A titularidade do serviço público é, portanto, do Estado, que pode delegar sua execução a terceiros, preservando sempre seu poder de regulação. No caso do serviço postal, parece-me evidente que a titularidade do serviço é da União, a teor do art. 21, X, da Constituição.

Desse modo, entendo que existem diferenças importantes entre o serviço público e a atividade econômica, a começar pela já mencionada titularidade. Nesse sentido, valho-me das palavras de Odete Medauar:

---

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 325.

[29] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99.

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 584.

[32] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 1998. p. 330.

[33] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 801.

> Não parece adequado ao ordenamento brasileiro considerar o serviço público como atividade econômica. De um lado, tem-se o art. 175, que, de modo claro atribui o serviço público ao poder público, podendo ser realizado pelo setor privado mediante concessão ou permissão. Vê-se que a Constituição Federal fixou um vínculo de presença do poder público na atividade qualificada como serviço público, presença esta que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida. Esta presença se expressa na escolha do modo de realização da atividade, na sua destinação ao atendimento de necessidades da coletividade. (...) De outro lado, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica, não se aplicam ao serviço público. É o caso da livre iniciativa, por exemplo; não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pela livre iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do poder público.[34]

Ademais, o serviço público é informado, entre outros, pelos princípios da supremacia do interesse público, da igualdade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da adaptabilidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle[35], devendo ser prestado pelo Estado para atender às necessidades e interesses de toda a coletividade, em todo o território nacional.

Assim, uma análise pormenorizada do que consubstanciaria o serviço postal conduz inafastavelmente à constatação de que o interesse primordial em jogo é o interesse geral de toda a coletividade. É do interesse da sociedade que, em todo e qualquer Município da Federação, seja possível enviar/receber cartas pessoais, documentos e demais objetos elencados na legislação, com segurança, eficiência, continuidade e tarifas módicas. Não é mera faculdade do poder público colocar esse serviço à disposição da sociedade, e muito menos deixar sua completa execução aos humores do mercado, informado por interesses privados e econômicos. A Constituição é clara no art. 22, X, ao afirmar que "compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional". Entendo que, ao falar em "manter o serviço postal", a Constituição determinou que cabe à União assegurar sua execução em todo o território nacional, não apenas por abarcar um interesse coletivo significativo, mas também por ser fator importante de integração nacional.

Ademais, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,

> se o art. 21 da Constituição disse que "compete à União (...) manter o serviço postal", como ali está estampadamente dito com todas as letras (inciso X), é óbvio e da mais fulgurante obviedade que **não se trata de atividade econômica**, pois esta última espécie de atividade é justamente aquela que não compete ao Estado; logo, rigorosamente o contrário do que ali está escrito; compete, isto sim, aos particulares, de tal sorte que, consoante previsão do art. 173, só excepcionalmente poderá ser explorada pelo Estado. Donde, se não se trata de atividade econômica, é de inquestionável evidência que a ela, atividade postal, não se aplicam os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, porquanto estes, conforme art. 170 da

---

[34] MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral*. p. 125.

[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit.

> Constituição, são predicados concernentes à ordem econômica, ali alocados sob o capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica".[36]

Ante o exposto, não me resta nenhuma dúvida de que o serviço postal é serviço público.

Fixada essa premissa, passo à segunda questão posta nos presentes autos, qual seja, a de verificar em que extensão o serviço postal pode ser prestado pelos delegatários da União.

Inicialmente, também eu comungo do entendimento manifestado pelo ministro Eros Grau no sentido de que a importante distinção que se deve fazer é relativa ao regime de privilégio a que se sujeita o serviço postal, o qual, justamente por ser serviço público, exclui por princípio a ideia de monopólio. Disse Sua Excelência, na clássica obra *A Constituição Federal e a ordem econômica*[37]:

> Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, *c* da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, *e*; 30, V e 25, § 1º da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários e permissionários de certo privilégio, por mais de um deles e o regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência.

Nesse ponto, não vislumbro pertinência no argumento de que o legislador constituinte não quis instituir o monopólio dos correios porque, se assim o desejasse, o teria incluído no art. 177 da Constituição. Entendo que esse serviço – friso, **serviço público** – não está elencado no art. 177 da Constituição justamente porque não é atividade econômica.

Assim, o serviço postal é prestado exclusivamente pelo Estado, em regime de privilégio, mediante outorga legal à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, sujeita, portanto, a regras de direito público e de direito privado, mas com a predominância das normas de direito público.

O que pretende a arguente é que o referido serviço público seja considerado atividade econômica, para que o acesso a ele seja livre à iniciativa privada e, portanto, seja ele explorado livremente no mercado. Esquece-se, porém, de que as empresas a ela filiadas (Abraed) não pretendem operar em todas as áreas em que

---

[36] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 14.

[37] GRAU, Eros Roberto. *A Constituição Federal e a ordem econômica*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 140-141.

atua a EBCT, e muito menos em todo o território nacional. Querem essas empresas atuar apenas naquele setor mais lucrativo e de maior interesse econômico: entrega de documentos comerciais. Ressalte-se que o trabalho por elas efetuado restringe-se às grandes cidades e capitais do País, não alcançando Municípios pequenos e distantes do centro econômico nacional.

Observo ainda que, no tocante ao serviço postal, a Lei 6.538/1978, no art. 9º, estabelece as atividades a serem prestadas pela União em regime de privilégio:

> I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
>
> II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:
>
> III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

A Lei 6.538/1978 define claramente o que seja "carta", nos seguintes termos: "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, **comercial**, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário" (art. 47).

Não há como excluir desse conceito legal de carta os boletos bancários e notificações para cobrança de débitos, faturas de consumo de gás, luz e outras, bem como qualquer correspondência que contenha informação de interesse específico do destinatário, como o são quaisquer cobranças de débitos.

Entendo que a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial (no qual incluo as cobranças de débitos) deve ser tratada pelo legislador ordinário, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão. Não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador e fixar os critérios e formas para a prestação desse serviço público.

Ante o exposto, peço vênia ao ministro relator e acompanho a divergência iniciada pelo ministro Eros Grau, julgando improcedente o pedido.

VOTO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhor presidente, quando votamos o AI 243.250 na Turma, relator o ministro Sepúlveda Pertence, externei algumas ideias, emiti algum juízo, que me pareceu técnico, sobre a natureza da atividade posta agora em discussão. Entre caracterizar o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional enquanto modalidades de atividade econômica ou de serviço público, manifestei-me pela segunda opção. Entendo que essas atividades são de serviço público, porém de serviço público de logo reservado à competência da União.

A Constituição diz que são atividades próprias da União, típicas da União, encarregada a União de mantê-las, a caracterizar, portanto, uma compulsoriedade

de prestação. Além de ser um serviço público, típico da União, não pode deixar de ser prestado, daí a Constituição fazer uso do verbo "manter".

A compulsoriedade da prestação do serviço me parece um elemento do respectivo regime jurídico. Além dessa titularidade pública federal, parece-me não ser passível de transpasse para a iniciativa privada, mediante os conhecidos institutos da autorização, da concessão ou da permissão, vale dizer até – não estou sendo exagerado ao assim asseverar – que é o único serviço público não passível de transpasse para a iniciativa privada, mediante os citados institutos. É uma atividade insusceptível de exercício privado. Logo, tanto a titularidade quanto a protagonização da atividade ficam no âmbito do setor público federal.

E qual seria a razão, a finalidade de a Constituição tratar a matéria por uma forma tão diferenciada? Essa especificidade decorreria da destinação das atividades de que estamos a falar: favorecer a comunicação privada entre pessoas, a integração nacional e o sigilo da correspondência. Que correspondência? Correspondência epistolar e telegráfica, porque essas são cercadas, pelo inciso X do art. 5º da Constituição, de cautelas especiais, ou seja, recai sobre elas a inviolabilidade, a Constituição quer invioláveis a correspondência epistolar e a comunicação telegráfica, por isso reservou tais atividades para esse senhorio exclusivo e protagonização também exclusiva da União.

Eu não dei resposta, em rigor ainda não tenho essa resposta – partilho a preocupação com Vossas Excelências –, para o problema da caracterização do que seja mesmo correspondência epistolar e comunicação telegráfica. Comunicação telegráfica é fácil. Agora, o que é correspondência epistolar? Seria simplesmente uma comunicação de caráter rigorosamente privado entre pessoas no plano da privacidade, que é outro bem jurídico tutelado pela Constituição? Se dissermos que sim, estaremos excluindo – não digo monopólio, porque não é atividade econômica – da exclusividade da União em prestar esse serviço os documentos ou encomendas de caráter mercantil. E penso que, nessa resposta, estaríamos nos situando bem no cerne da questão.

Senhor presidente, neste primeiro momento inclino-me por entender que essa exclusividade a qual me refiro circunscreve-se às atividades que impliquem comunicação privada e comunicação telegráfica. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial, eu excluiria dessa atividade da União.

Então, julgo procedente em parte, para dizer – nesse ponto talvez eu me aproxime muito do voto do ministro Joaquim Barbosa – que a recepção da Lei 6.538/1978 pela Carta Magna de 1988 se restringe às atividades relacionadas com entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): A parte rentável, que financia a entrega de cartas, pode ser privatizada?

O sr. ministro Carlos Britto: Não entendi bem.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): Porque o mecanismo tem financiamento cruzado, ou seja, se tira a parte rentável da empresa, inviabiliza-se a outra.

O sr. ministro Carlos Britto: Digo o seguinte, o que tiver caráter nitidamente mercantil, eu excluiria.

Julgo procedente em parte.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, peço vênia ao eminente relator, para também acompanhar a divergência.

O conceito de serviço público é histórico, sobretudo constitucional, mas, neste caso, há uma justificação que eu diria até metajurídica. O serviço postal, enquanto tende a assegurar a comunicabilidade como condição necessária, não apenas à integração, mas à coesão nacional, entende-se seja conceituado como serviço público. Daí a Constituição ter atribuído à União a responsabilidade de garantir a subsistência desse serviço como instrumento integração e coesão nacional.

De modo que não vejo, neste caso, na exclusividade atribuída pela Constituição, por conta dessa responsabilidade imputada à União, nenhuma ofensa à livre iniciativa, pois está pré-excluída do campo da livre iniciativa. Não se trata de atividade econômica em sentido estrito, e, portanto, não é de se cogitar de monopólio, cujo objeto é só a atividade econômica considerada como tal.

A meu ver, a qualificação dogmática de privilégio pode ser bem aplicada a este caso. Assim, julgo a ação inteiramente improcedente, até porque os casos em que a lei autoriza o particular a colaborar com a União na prestação dos serviços, já estão dispostos na lei.

Julgo a ação totalmente improcedente.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, também fiquei com dúvida, quando da discussão, a propósito de alguns aspectos aqui suscitados.

Entendo que os autores, de fato, trazem argumentos relevantes quanto à mudança ocorrida no contexto da prestação desses serviços. Todavia, parto do entendimento de que a definição dada pelo Texto Constitucional, como já destacou o ministro Carlos Britto, que onera a União com a manutenção do serviço postal, é um típico poder-dever institucional que comporta uma disciplina legal. Como já se tentou, inclusive, na chamada e discutida lei postal, objeto aqui de consideração.

É extremamente difícil, *a priori*, dizer que todos os aspectos hoje constantes dessa lei traduzem a autêntica interpretação desse conceito de serviço público, ou de atividade monopolista. Não significa que o legislador não possa vir a lhe dar uma nova conformação; mas me parece extremamente difícil que

nós, a partir de uma perspectiva tópica, logremos identificar atividades que não integrem esse conceito, tendo em vista a complicada e difícil engenharia institucional que se faz para a atuação desse serviço.

Devo confessar, todavia, que fiquei deveras impressionado, de tudo o que se discutiu aqui, com a arguição de inconstitucionalidade, na recepção de ilegitimidade, do dispositivo que trata da criminalização, da violação do monopólio postal, dada a generalidade da disposição, quando não por outra razão, tendo em vista o caráter fortemente aberto do dispositivo, o art. 42 da lei em apreço.

> Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza, sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

E no parágrafo único a chamada forma assimilada:

> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contrabando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas.

Senhor presidente, fiquei impressionado com a abertura dessa disposição e mesmo da possibilidade de que, na fórmula, sem observância das condições legais, tendo em vista inclusive a remissão que o texto da lei faz toda hora à atividade regulamentar também fortemente aberta, se pudesse ter aqui, de fato, uma violação clara do princípio da reserva legal estrita.

De modo que, com as vênias ao eminente relator, acompanho também a manifestação do ministro Eros Grau e dos que o seguiram, apenas acolhendo a arguição neste passo, no que diz respeito aos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538.

EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Nelson Jobim. Plenário, 24-8-2005.

Decisão: Após o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente a ação; dos votos dos ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, que a julgavam totalmente improcedente; votou o ministro Carlos Britto, julgando-a procedente, em parte, para excluir do conceito de serviço postal as encomendas. Em seguida, votou o ministro Gilmar Mendes, que julgava parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 42, 43,

44 e 45 da Lei 6.538, de 22 de junho de 1978, pediu vista dos autos a ministra Ellen Gracie. Presidência do ministro Nelson Jobim.

Presidência do ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Vice-procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 17 de novembro de 2005 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Senhor presidente, a presente ADPF 46, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), teve seu julgamento iniciado neste Plenário na sessão de 15-6-2005, na qual o eminente relator, ministro Marco Aurélio, votou pela procedência do pedido formulado e o eminente ministro Eros Grau pela sua improcedência. Com a solicitação de vista dos autos apresentada, naquela assentada, pelo eminente ministro Joaquim Barbosa, o julgamento foi retomado na sessão de 17-11-2005, na qual se alinharam à divergência inaugurada com o voto do ministro Eros Grau os eminentes ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Já Vossa Excelência, senhor presidente, e o eminente ministro Carlos Britto votaram pela parcial procedência do pedido deduzido nesta arguição, no que diz respeito à inconstitucionalidade dos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538/1978.

Ante a complexidade do tema, pedi vista para melhor exame e trago, neste momento, o feito à mesa para sua apreciação por este Plenário.

2. Supero as questões de legitimidade ativa, de pertinência temática e de adequação da via processual, na esteira do que fizeram todos os colegas que me precederam.

Não deixo de registrar, porém, que o objeto da ação, tanto quanto posso depreender da inicial – a propósito de questionar a constitucionalidade da Lei 6.538/1978 –, é, na verdade, a obtenção de interpretação ao art. 47 do referido Diploma Legal. Percebe-se claramente da leitura do pedido que a arguente se dá por satisfeita se o Tribunal der à palavra **carta** significado que exclua de seu conceito os itens que constituem objeto de interesse de suas associadas como as revistas, jornais, periódicos, encomendas, contas de água, luz e telefone, bem como objetos bancários, como cartões de crédito e talões de cheque, extratos etc. Leio na fl. 37 dos autos, *verbis*:

> Também nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, tendo em vista a relevância da matéria, declarar o que se entende por carta, que por motivos de segurança e privacidade, continuam sendo prerrogativas da arguida, restringindo tal conceito de carta ao papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes contendo assuntos de natureza pessoal e dirigido, produzido por meio intelectual e não mecânico, excluídos expressamente deste conceito as conhecidas correspondências

de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários como talões de cheques, cartões de crédito etc.

Ou seja, sob o disfarce de agressão aos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, o que pretende a arguente é que se lhe atribua a parcela menos penosa e mais rentável do mercado de entregas de correspondência, o que se faria mediante leitura reducionista do texto constitucional, quando refere a serviço postal, para dele excluir tudo que não fosse correspondência privada e confidencial. O conhecimento desse pedido leva a uma vulgarização do nobre instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental que a Corte, segundo me parece, deveria evitar, sob pena de desvirtuarem-se as finalidades para as quais o instituto foi concebido.

3. No mérito, comungo com o pensamento de que serviço postal é serviço público, não atividade econômica em sentido estrito. A propósito, referindo-me ao serviço postal, já afirmei anteriormente, quando do julgamento da ADI 3.080, em que fui, na qualidade de relatora, acompanhada pela unanimidade deste Plenário (julgamento em 2-8-2004, *DJ* de 27-8-2004) que "é a União, por força do art. 21, X, da Constituição, o ente da Federação responsável pela manutenção desta modalidade de serviço público".

E, por não se tratar de atividade econômica em sentido estrito – vale dizer, aquela em que o Estado, se atuar, em tudo deverá atender às regras da atividade privada – é que deixa de ser incluído no rol das exceções a esta categoria de atividade, a saber, o rol dos monopólios constante do art. 177 da Constituição Federal, pois este diz respeito, exclusivamente, às atividades que tenham cunho econômico. Não se trata, no caso, de **exploração** de atividade econômica pura e simples, mas, como o próprio nome o diz, de prestação de **serviço público**. Serviço postal. Serviço que o constituinte confiou à União para que o mantivesse. E serviço que ela tem o dever de prestar em todo o território nacional. E que exercita por delegação legal a uma empresa pública expressamente constituída para tal finalidade.

E, por não ser atividade econômica em sentido estrito é que não se lhe podem ser aplicados os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, como pretende a arguente.

Tudo porque o serviço público vem informado pelo princípio da supremacia do interesse público, e, por isso, é mantido ainda em condições deficitárias, como é o caso da entrega de correspondências em locais remotos e de difícil acesso de nosso vasto território nacional. Garantir condições de comunicabilidade e de remessa de mensagens ou objetos a todos os brasileiros é objetivo que responde a mais do que o simples interesse individual dos missivistas. Diz respeito aos superiores interesses da integração nacional.

Serviços públicos há que são abertos à iniciativa privada, sem concessão ou permissão. É o caso dos serviços de saúde (Constituição Federal, art. 199) e educação (Constituição Federal, art. 209), ainda que se estabeleçam limitações,

como à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País (Constituição Federal, art. 199, § 3º) ou, o cumprimento de normas gerais da educação nacional (Constituição Federal, art. 209, I) e autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo poder público (Constituição Federal, art. 209, II).

Mas isso não é o que ocorre com o serviço postal. A sua manutenção, com exclusividade, a Constituição atribuiu à União.

O regime de privilégio em que tal atividade se desenvolve, como ficou bem explicitado no voto do eminente ministro Eros Grau, exclui a caracterização de um sistema de livre competitividade, pois está expressamente excluído pela Constituição Federal à esfera de atuação da iniciativa privada. Oportuna a expressão do ministro Carlos Velloso, relator, ao julgar o RE 407.099, *DJ* de 6-8-2004: "A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado".

4. Por tais razões, meu voto alinha-se à divergência, pela total improcedência do pedido, com vênia ao eminente relator.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Menezes Direito: Senhor presidente, não participei da assentada anterior, em que foi iniciado o julgamento, e pude constatar que existem três posições aqui na Corte: uma do eminente relator, que entende que deva ser privado o serviço postal; outra do eminente ministro Eros Grau, que entende que deva ser estatal o serviço postal; e, finalmente, uma terceira posição, que foi alvitada pelo eminente ministro Carlos Ayres Britto, intermediária, no sentido de que alguns serviços devam permanecer sob a exclusividade da atividade estatal e outros, por seu turno, podem ser delegados à atividade privada. São, portanto, três posições.

Quando nós enfrentamos, aqui, a ACO 959, de que eu fui relator, eu fixei o entendimento, na linha do que a eminente ministra Ellen Gracie acaba de demonstrar, que se trata sim de um serviço público, e não de uma atividade econômica. Mas creio que é necessário, pelo menos na minha perspectiva, fazer uma melhor reflexão sobre esta matéria, considerando a diversidade de posições existentes na Corte.

Essas são as razões pelas quais eu peço vênia aos meus eminentes colegas para pedir vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza)

e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Nelson Jobim. Plenário, 14-12-2005.

Decisão: Colhido o voto-vista da ministra Ellen Gracie, no sentido de julgar improcedente a ação, pediu vista dos autos o ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Presidência do ministro Gilmar Mendes.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 12 de junho de 2008 — Luiz Tomimatsu, secretário.

QUESTÃO DE ORDEM

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, coloco questão de ordem tendo em conta petição que recebi da arguente, direcionada a adiar-se a conclusão do julgamento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aponta, em primeiro lugar, que está em processo de votação, no Congresso, projeto de lei disciplinando a matéria. Tramita na Câmara dos Deputados.

Em segundo lugar – e creio que já não temos mais essa causa de pedir como subsistente –, diz estar ausente, nesta assentada, em razão de viagem ao exterior, aquele que sustentou, no caso, pela ora peticionária, o doutor Luis Roberto Barroso. Ele está no recinto, então subsiste apenas a causa de pedir alusiva ao projeto.

Despachei a petição para submeter o tema ao Plenário. Como relator, pronuncio-me no sentido negativo. A possível existência de um projeto de lei não é suficiente a projetar no tempo a conclusão deste julgamento.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mais um dado, presidente, a reforçar a colocação que fiz.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Em relação à questão da recepção ou não, assumo uma posição intermediária, propondo uma interpretação conforme. Eu até bosquejava a ideia de que esta norma da Lei de 1978 era compatível com a Constituição anterior. Parece que a própria evolução social e econômica estaria a sinalizar, aqui, um tipo de processo de inconstitucionalização. A própria dinâmica, hoje, dos serviços estaria a indicar a participação dos atores privados e uma certa obsolescência dos dispositivos, pelo menos se lidos na sua literalidade

estrita. Eu não consigo imaginar, por exemplo, que nós possamos invocar essa ideia do serviço público monopolístico para a entrega dos jornais, que se faz em geral, hoje, às cinco horas da manhã, e dizer que toda essa atividade, hoje realizada por empresas privadas, tivesse que ser desempenhada exclusivamente pela Empresa de Correios e Telégrafos. Parece que isso está sendo revisto pela realidade, imaginando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De reserva de mercado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim; ou a dizer que todas essas atividades que se exercem universalmente no Brasil são exercidas de forma ilícita, porque essa seria a outra conclusão.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Exato. Se assentado o monopólio, a exclusividade, de forma linear quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na prestação de serviço, ter-se-á a clandestinidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Quer dizer, se essa atividade é ilícita, é clandestina, teremos que ver. Veja, realmente frustrando uma atividade que é dinâmica, e ninguém imagina que seja necessária para a sociedade, pelo contrário, nós perderíamos talvez a eficiência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): No que nós outros, acatando esse serviço, estaríamos contribuindo para a ilegalidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Se era de fato legítimo e constitucional, condizente até com o modelo anterior da Constituição, parece que a dinâmica dos tempos, a própria atividade plural do mercado fez um tipo de processo de inconstitucionalização.

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, permita-me uma observação, aí não há mercado, mas serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Estou dando exemplos. O caso, por exemplo, da entrega desses empréstimos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, de qualquer forma, podemos ter a concessão desse mesmo serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É o tipo de tema que está a demandar ou uma completa reinterpretação ou uma reconfiguração pelo legislador daquilo que se entende de manutenção do serviço postal. Mas, claro, nós temos outros desafios pela frente.

Então, queria assentar essa conclusão provisória e essa perplexidade.

Em relação ao marco regulatório repressivo, vamos chamar assim, eu havia adiantado o voto no sentido de dizê-lo todo inconstitucional, mas, após reler meu voto e também as disposições constantes a partir do art. 42, eu me fixei na inconstitucionalidade apenas do art. 42 da Lei 6.538, que diz o seguinte:

Violação do privilégio postal da União

Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contrabando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, então, de toda sorte, Vossa Excelência considera recepcionada em parte a lei em questão?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Considero recepcionada em parte.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E mantém a natureza do serviço público, cerne do voto do ministro Eros Grau, em divergência no sentido só da natureza da prestação. Não na conclusão porque, nela, realmente, a divergência com o ministro relator é total.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Já diziam os antigos que a virtude está no meio-termo!

Senhor presidente, apenas para que fique nos anais da Corte, explicito a origem do requerimento formalizado para se adiar o julgamento. Não foi subscrito por integrante do escritório Luís Roberto Barroso.

O sr. ministro Carlos Britto: Ministro Gilmar Mendes, eu também assentei no meu voto a natureza pública do serviço postal e do correio aéreo nacional, até porque a Constituição assim o diz literalmente. São dois serviços excluídos do mercado, porque, na medida em que próprios da União, estão fora das relações de comércio. Tudo que é próprio da União é de natureza pública. E a Constituição deixa isso clarissimamente posto:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

No meu voto, tive o cuidado de dizer que o fazia ainda na base do experimento, da inclinação. Não estava muito seguro do amadurecimento de um ponto de vista e concitava a Corte a um pensamento coletivo.

Com o voto de Vossa Excelência, robustece em mim a ideia de que realmente é preciso definir o que seja serviço postal. O que não se compreender na definição de serviço postal está fora do conceito de serviço público. Por isso que Vossa Excelência falou de boleto, de jornal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Porque há uma discussão sobre o conceito de carta do art. 47.

Vossa Excelência já tinha agitado esta questão para fazer uma redução teleológica.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso, exatamente. E o voto de Vossa Excelência robustece essa preocupação que hoje é coletiva.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Se Vossa Excelência permite, o conceito de carta, na literalidade do art. 47:

> *Carta* – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

Portanto, é um conceito largamente abrangente.

O sr. ministro Carlos Britto: Serviço postal corresponderia a entrega de correspondência, independentemente da natureza do conteúdo da correspondência? Ou seja, o Estado mensageiro, o Estado carteiro é que estaria contemplado pela Constituição? Só o Estado pode fazer essa mediação, essa intermediação?

Avancei no meu voto, talvez para preservar três bens jurídicos: a integração nacional, o sigilo da correspondência e a privacidade. Adiantei no meu voto isso. E realmente esse é um tema que me causa uma inquietação intelectual. Não me encontro ainda confortável, a despeito do magnífico voto de Vossa Excelência.

Mas gostaria de ouvir o voto do ministro Celso de Mello.

EXPLICAÇÃO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu tenho um voto breve, escrito. Não vou ler, apenas explicá-lo. Li todos os votos. O cuidadosíssimo, o primoroso voto do ministro relator, primoroso em todos, mas, neste aqui, de uma forma muito especial, alongada, minudente, pelo que me desculpo sobremaneira por dele divergir.

Vou acompanhar a divergência, ministro, por entender que o que foi posto, ao iniciar a divergência, pelo ministro Eros Grau, rigorosamente no sentido de ser serviço público, como diria Pontes de Miranda, assim o é porque a Constituição assim o quer: que o serviço postal e o correio nacional sejam de competência da União e, nessa condição, exclui da submissão obrigatória os princípios que foram listados pela arguente neste caso, que seriam da livre iniciativa e da livre concorrência, exatamente porque o regime jurídico aqui é diferenciado.

Isso me leva, portanto, a acompanhar o ministro Eros Grau na sua divergência iniciada, mesmo trazendo o ministro Marco Aurélio o arcabouço que começa a falar exatamente dessa interpretação sistêmica que a Constituição precisa ter. Mas, como se finca no art. 21, X, rigorosamente na exclusividade da competência da União, eu não vejo como se ter como não recepcionada essa norma.

Farei juntar voto nos sentido de acompanhar integralmente a expressão do ministro Eros Grau, com a devida desculpa do ministro relator. Mesmo com as ponderações de Vossa Excelência, quanto à dinâmica da vida, principalmente

dessas novas formas de comunicação, eu diria que a Constituição não é imutável, pode ser mudada, que a própria lei, naquilo que ela especificamente estipulou como podendo ser, ou não cabendo no caso do art. 9º, pode ser repassada por outra, mas, considerar não recepcionada nem para dar interpretação conforme, não estou convencida disso.

Por essa razão – meu voto é muito breve –, sigo integralmente, pedindo desculpas mais uma vez ao ministro relator, o ministro Eros Grau e os que o acompanharam, julgando improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, ouvi atentamente o relatório feito por Vossa Excelência e os distintos argumentos alinhados.

Peço vênia aos eminentes colegas para me alinhar à posição do ilustre ministro Carlos Britto e também à de Vossa Excelência, que são, de certa maneira, convergentes.

Eu entendo que a competência privativa da União para manter o serviço postal, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, não engloba a correspondência comercial e a entrega de encomendas. Esses serviços não estão, a meu ver, abrangidos pelo monopólio estatal, que se limita ao serviço postal *stricto sensu*, ou seja, à entrega de correspondência pessoal, inclusive ligada à garantia que a Constituição estabelece relativamente à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, e à emissão de selos, etc., enquanto serviço público.

E, de modo geral, como disse Vossa Excelência, senhor presidente, são todos aqueles serviços alinhados no art. 9º da lei impugnada.

Eu, tal como Vossa Excelência – e, tenho impressão, na linha do que assentou o ministro Carlos Britto –, entendo que estão fora do monopólio estatal a entrega de talões de cheques, de cartão de crédito, de cartões de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas, impressos que constituem uma atividade tipicamente econômica, até porque uma solução em sentido contrário militaria contra a realidade já delineada no mundo globalizado.

Eu entendo, também, que estão excluídas desse monopólio as entregas de encomendas, os serviços de *courrier*, mesmo porque já convivem com o correio estatal, não só no Brasil como no exterior, há muitos anos, com êxito, empregando centenas de milhares de pessoas.

Quero dizer ainda que, de acordo com o inciso V do art. 1º da Constituição da República, a livre iniciativa configura um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e é um postulado que deve servir de baliza para interpretação de todos os outros dispositivos da Constituição, inclusive aqueles concernentes às competências da União. E as exceções, como se sabe, devem ser interpretadas de modo estrito, ainda que se considere que o serviço é exercido

sob regime de monopólio, ou até sob regime de privilégio de serviço público. Se entendêssemos assim, nós estaríamos dando uma interpretação extensiva ao comando constitucional que estabelece o monopólio – se é que estabelece – da União, no que tange aos Correios, em detrimento da iniciativa privada que é um dos fundamentos – como eu disse, aliás, não sou eu que digo, são os constituintes que disseram – do Estado Democrático.

Então, senhor presidente, eu estaria inclinado a me amoldar à solução de Vossa Excelência, que penso ser compatível com o posicionamento do ministro Carlos Britto, no sentido de considerar parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando uma interpretação conforme aos diferentes dispositivos impugnados, inclusive no que tange às sanções penais, relativamente à infringência das atividades exercidas sob o monopólio estatal.

Então, em suma senhor presidente, é esse o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhor ministro presidente, Vossa Excelência me permite apenas um esclarecimento – vou relatá-lo no meu voto –; eu tenho a impressão de que esta é uma questão importante – pelo menos para mim, não há de ser importante para os outros.

Eu não posso falar em monopólio. Aí não há monopólio, que é de atividade econômica. O que há, no caso, é um privilégio de serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu destaquei isso no voto de Vossa Excelência.

O sr. ministro Eros Grau: Portanto, não é inserção. Se Vossa Excelência me permitir, aí é um lugar do Estado. Aliás, a própria noção de Estado moderno encontra, nesse fenômeno do privilégio postal, um dos seus elementos fundamentais.

Apenas para esclarecer, aqui eu não posso raciocinar em termos de iniciativa privada, porque esse é um lugar do Estado. Não sou eu quem diz. Quem diz é a Constituição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite um aparte, com todo o respeito, evidentemente, tenho a impressão de que a ideia de privilégio está ligada à ideia mercantilista prevalecente nos Séculos XV e XVI, que, *data venia*, não tem mais lugar no mundo globalizado do Século XXI, pelo menos na seara econômica.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Procurei mostrar que o conceito adotado em relação a esse serviço é muito peculiar – manter o serviço postal –, é realmente diferente do que se adotou para as atividades econômicas em geral.

O sr. ministro Eros Grau: Perdoe-me, mas, certamente, Rui Barbosa, quando formulou a distinção entre privilégio de serviço público e monopólio de atividade econômica, já o fazia no tempo da república. Por isso insisto nisso. Meu voto encontra fundamento em um texto de Rui Barbosa.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão, ministro Eros Grau, que estamos a discutir agora é a abrangência deste serviço postal com essas características de atividade exclusiva – para não usarmos a expressão "monopólio" –, porque, claro, os Correios continuam a exercer essas atividades de maneira ampla, só que, também, em um contexto de "concorrência" com as demais empresas.

Dando um exemplo – falávamos há pouco sobre o processo de legitimação que, aparentemente, manifesta-se, até mesmo agora, nessa entrega de comunicação, boletos e cobranças –, evidentemente essa disputa, que nos anos oitenta tinha um grande significado, entre os Correios e as empresas prestadoras desse tipo de serviço, está ficando superada, exatamente porque esses serviços, hoje, podem ser prestados no âmbito da internet: imprime-se o boleto e faz-se a cobrança. Já temos, no âmbito da Justiça, o sistema Hermes que manda intimações pela via da internet, com remessa até mesmo de encomendas.

É nesse contexto que estamos propondo – a proposta é do ministro Carlos Britto, minha e, agora, do ministro Ricardo Lewandowski – uma redução teleológica, de uma "ablação normativa" – digamos assim – para que, de fato, delineie-se esse serviço postal, tendo em vista sua inter-relação com a realidade.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Nós temos uma situação peculiar. O ministro Marco Aurélio julga procedente a ação. Os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Cármen Lúcia julgam-na improcedente. Ministros Carlos Britto, Gilmar Mendes – em diferente extensão –, Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello a julgam parcialmente procedente.

O sr. ministro Celso de Mello: Não sei se todos os eminentes ministros pronunciaram-se sobre a questão da incompatibilidade do art. 42 da Lei Postal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas, ministro, de qualquer forma subsistiria a dúvida quanto à interpretação conforme.

O sr. ministro Eros Grau: Então dá-se o empate: cinco votos médios num sentido e cinco votos cheios em outro sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, não sou muito bom em matemática, mas acaba prevalecendo a posição intermediária do ministro Carlos Ayres Britto, porque aqueles que votam no sentido da improcedência estão mais próximos da posição de Sua Excelência do que da minha.

O sr. ministro Carlos Britto: Regimentalmente, o voto médio se faz por aproximações.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, aí, teríamos de qualquer forma, pelo voto médio, seis pronunciamentos.

O sr. ministro Carlos Britto: Há cinco votos pela improcedência.

O sr. ministro Eros Grau: Presidente, se Vossa Excelência me permitir, eu posso raciocinar em sentido contrário para dizer exatamente que aos cinco votos que afirmam procedência total somam-se os outros quatro.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Há uma incompatibilidade manifesta. Evidentemente, aqueles que votam pela procedência parcial não somam voto a quem vota pela improcedência total.

O sr. ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, quero dizer que, do modo como as coisas se colocaram, há nove votos mantendo o privilégio. Cinco que o mantêm plenamente e quatro que o mantêm parcialmente. Mas, na verdade, o que há são nove votos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É um voto que não mantém coisa alguma, que deve ser considerado no contexto.

O sr. ministro Eros Grau: Então, o privilégio está mantido; cinco vezes totalmente e quatro vezes parcialmente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós podemos fazer um outro raciocínio ainda.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão é em relação aos tópicos que nós não consideramos recepcionados, que é em relação ao conceito de carta.

A sra. ministra Ellen Gracie: Quanto a isso não há maioria, senhor presidente .

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É exatamente sobre isso que estamos a dizer. Em relação aos demais aspectos não há nenhuma dúvida, porque há a soma.

A sra. ministra Cármen Lúcia: São necessários seis votos para presunção de manutenção da lei.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Isso envolve uma outra questão de ordem, porque, até então, a legislação vem tratando, portanto temos que fazer a verificação na Lei 9.868, mas a disciplina é sempre da exigência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Da maioria absoluta de seis votos.

O sr. advogado: Senhor presidente, uma questão de ordem e uma questão de fato; um dos pedidos da inicial é para a interpretação da lei e, portanto, não é um pedido de declaração de inconstitucionalidade. É o pedido que consta da letra *c* do item 138 da inicial.

A sra. ministra Ellen Gracie: Mas isso pode ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Daí Vossa Excelência ter ficado, inclusive, em dúvida quanto à nomenclatura a ser utilizada. Seria a procedência ou improcedência.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tanto é que, quando formulei a proposta de voto, no item 1º, eu dizia que estava julgando improcedente com a interpretação conforme, ou, eventualmente, parcialmente procedente, dependendo de como nós tipifiquemos.

O sr. ministro Eros Grau: O primeiro voto de Vossa Excelência era mais outro.

De qualquer modo, para que a lei fosse tida como não recepcionada, seriam necessários seis votos. E não há.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Nem num sentido, nem em outro. Ao contrário do que ocorre na Lei 9.868, a Lei 9.882 tem as seguintes disposições:

> Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros;

Os dispositivos dos parágrafos foram vetados, talvez dispusessem sobre os critérios de aferição. Nós não temos, portanto, regras. A tradição tem sido, em relação à inconstitucionalidade, sempre de seis votos no sentido da procedência ou improcedência.

Creio que podemos fazer uma breve pausa para, depois, voltarmos para resolver esta questão de ordem.

EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal rejeitou o pedido de adiamento. Após, votou o ministro Gilmar Mendes, presidente, reajustando seu voto para julgar parcialmente procedente a arguição, fixando a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos, e julgando procedente a arguição quanto ao art. 42 da referida lei, no que foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Em seguida, também reajustou o voto o ministro Carlos Britto, para excluir do conceito de serviço postal, além das encomendas, a entrega de impressos, como jornais, revistas e outros periódicos, mantendo o julgamento pela procedência

parcial da ação. Em seguida, após o voto da ministra Cármen Lúcia, julgando-a improcedente, a proclamação da decisão ficou suspensa para a próxima sessão. Ausentes, justificadamente, o ministro Cezar Peluso, que proferira voto em assentada anterior, e o ministro Menezes Direito, que declarou suspeição.

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

Brasília, 3 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, reafirmo meu voto integralmente e, pelo que depreendo, há situação de empate do ponto de vista qualitativo, porque temos nove votos quanto à recepção em relação a cartas; cinco votos de recepção quanto ao restante; e cinco votos de não recepção quanto a esses mesmos objetos.

De modo que, de fato, se caracteriza situação de empate, da qual não vejo como, nas características do caso, encontrar-se a solução do voto médio. Parece-me que se pode aplicar diretamente ao caso o art. 97 da Constituição Federal. É que, não obstante, segundo conhecido acórdão, aquele velho precedente do Tribunal em que se discutia se, em relação ao direito chamado de pré-constitucional, a incompatibilidade com Constituição superveniente se resolvia em termos de categoria de inconstitucionalidade ou se se resolvia em termos kelsenianos de não recepção pela nova ordem constitucional, o fato é que, substancialmente, o fenômeno jurídico é de incompatibilidade teórica da norma com a Constituição, ainda que esta seja superveniente.

De modo que, senhor presidente, a mim parece-me, com o devido respeito, que, para ser reconhecida incompatibilidade a título de não recepção e de revogação, por conseguinte, ou a título de inconstitucionalidade *sic et simpliciter*, acho que não poderia ser declarada a procedência da ação à falta do quórum qualificado exigido pelo art. 97 da Constituição. Ou seja, não há maioria absoluta para a pronúncia de juízo de incompatibilidade entre a lei e a Constituição vigente.

É nesse sentido que proponho ao Tribunal proclamar o resultado do julgamento: não tendo sido obtido o quórum especial para a pronúncia de incompatibilidade ou pronúncia de inconstitucionalidade ou pronúncia de revogação, o diploma normativo subsiste.

É como me parece, com o devido respeito.

DEBATE

O sr. ministro Carlos Britto: O art. 5º da lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei 9.882, também exige o *quorum* qualificado da maioria absoluta. E o raciocínio me parece simples também. Se para suspender a eficácia da norma é preciso um *quorum* qualificado, para cassar definitivamente a eficácia da norma, com mais razão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão que se coloca – eu também compartilho dessas preocupações – é que, na tradição do controle abstrato de normas – e de alguma forma nós estamos também nesta sede, embora seja um controle do direito pré-constitucional –, o modelo que já vinha se exercendo na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal sempre exigiu, no controle abstrato, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade por seis votos, modelo que hoje está incorporado na Lei 9.868/1999, no que concerne, portanto, à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Claro, daí resulta que o julgamento de procedência ou de improcedência com este *quorum* é dotado de efeito vinculante – e isso tem uma razão de ser no sistema brasileiro e que nós dizíamos até na sessão passada: no modelo italiano, por exemplo, fala-se que o juízo de improcedência se traduz numa "*sentenze de rigetto*", quer dizer, uma sentença de rejeição, mas não vale como uma declaração de constitucionalidade, só quando há realmente a declaração de inconstitucionalidade, aquela que seria dotada desse efeito. Mas é que no modelo italiano isso faz sentido. Por quê? Porque o monopólio da censura é da Corte Constitucional; porque só ela pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Daí fazer sentido esse tipo de distinção. Entre nós, até em nome da segurança jurídica, se recomenda que o Supremo defina com clareza a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Do contrário, não havendo efeito vinculante, continuarão as pelejas, as discussões, porque vai se afirmar sempre que o Supremo não definiu a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Daí por que o Supremo inclusive avançou nessa matéria – mesmo antes do advento da Constituição de 1988 – por entender que aqui era *causa petendi* aberta. Quando o Tribunal julgava improcedente, julgava improcedente em relação a todas as arguições, foi toda uma construção em razão dessa peculiaridade do modelo brasileiro. E, de certa forma, isso se transpõe para o âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De modo que, se encaminharmos no sentido agora manifestado pelo ministro Peluso, nós teremos também que averbar que esta decisão não será dotada de efeito vinculante. Parece-me que essa é a situação.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência me permite apenas tecer algumas considerações, raciocinar em voz alta?

No tocante à ação direta de inconstitucionalidade e à declaratória de constitucionalidade, não consta previsão na Carta da República quanto a *quorum* referente a resultado. O preceito pertinente alude à decisão definitiva. O que se verifica no caso concreto? Um impasse; um impasse porque se reclama realmente

pronunciamento do Tribunal, neste ou naquele sentido, e não se chega, com os votos tomados, a qualquer resultado. O afastamento de integrantes do Tribunal, por impedimento ou suspeição, revela excepcionalidade maior. Chegamos mesmo ao ponto de dizer que no processo objetivo, em que não existem interesses individualizados em jogo, não há campo para se chegar a afastamento do integrante do Tribunal, mas o ministro Menezes Direito assentou suspeição e passamos a ter *quorum* de dez integrantes, viabilizado, portanto, o descompasso e o descompasso desaguou em um empate.

Presidente, do Regimento Interno vem-nos uma situação concreta em que necessariamente o Tribunal atua com dez integrantes. Refiro-me ao mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal, em que o presidente, aquele que esteja na Presidência, não participa do julgamento. E então se previu a solução: a manutenção do ato impugnado, dando-se ênfase, portanto, ao ato que foi praticado pelo presidente do Tribunal.

No caso concreto, não é possível chegar-se à interpretação analógica, integrativa, desse preceito para concluir-se pela prevalência da corrente a que aderiu o presidente da Corte? A meu ver, é a única solução possível, a não ser que permanecêssemos no recinto, como se estivéssemos em um conclave, e passássemos a votar reiteradamente até que um dos colegas viesse a evoluir, aderindo à corrente à qual não se filiou de início.

Presidente, na Lei 9.868/1999, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade – e podemos observar a norma quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, há disposição que implicitamente admite não seja alcançado por uma das correntes os seis votos. Refiro-me ao art. 23:

> Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros [é a regra], quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade [para haver até mesmo a eficácia *erga omnes*, que é própria ao processo objetivo].
>
> Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir [não é o caso] no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão num ou noutro sentido.

Precisamos encontrar uma solução. A meu ver, não existe espaço, como o quê, para a coluna do meio, para dizer-se simplesmente que não haverá, no caso concreto, jurisdição porque não foi alcançada a maioria que enseja o implemento dessa mesma jurisdição.

Não vejo outra saída, senão considerarmos a norma regimental alusiva ao mandado de segurança para ter-se como prevalecente a corrente à que aderiu o presidente.

E é nesse sentido que me pronuncio.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Julga a improcedência da ação.

O sr. ministro Cezar Peluso: A improcedência da ação se proclama de qualquer modo, apenas varia o fundamento, senhor presidente. Tenho restrição quanto a isso, com o devido respeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência sustentou um voto, o que seria um voto médio.

O sr. ministro Cezar Peluso: Mas não há voto médio.

O sr. ministro Carlos Britto: Essa posição intermediária foi inaugurada por mim.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não seria um voto médio em termos de proclamação, seria voto médio consideradas as duas correntes: aquela que se iniciou com o do relator, que sou eu, e a sufragada pelo ministro Eros Grau. Por isso é que me referi a voto médio, não se trata de voto médio no sentido de proclamação.

O sr. ministro Carlos Britto: A terceira tese foi proposta por mim. Quando eu votei, na primeira assentada de julgamento, tínhamos duas teses diametralmente opostas: a tese do relator que assentava a quebra total do monopólio, entendendo que a atividade era de caráter econômico, e o voto do ministro Eros contraposto, radicalmente, entendendo que se tratava de serviço público, e não atividade econômica, daí não se poder falar sequer em monopólio.

O meu voto está muito mais próximo do ministro Eros do que do ministro Marco Aurélio, porque entendo que a atividade não é econômica, é típica de serviço público.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Diria que o seu voto está distanciado de ambas as correntes, dos votos anteriormente proferidos.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, mas, pela dinâmica da rejeição e da atração, ele é muito mais atraído pelo voto do ministro Eros do que pelo voto de Vossa Excelência, porque entendo que o serviço é tipicamente público, exclusivo da União, que tem a obrigação de manter, e, assim, obedecer ao princípio constitucional da continuidade.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sustento que é público quanto ao alcance, mas não é estatal.

O sr. ministro Carlos Britto: Agora, eu excluiria do conceito de serviço postal – deixei isso bem claro – as encomendas, e, após o voto do ministro Gilmar, entendo que também é de se excluir o impresso. Ou seja, a entrega de impressos, como jornais, revistas e outros periódicos, isso deve ficar fora do conceito de serviço postal, até por uma razão: se deixarmos que o Estado seja o exclusivo receptor e mensageiro do entregador de jornais, revistas e outros periódicos, a liberdade de imprensa fica prejudicada, cerceada de alguma maneira.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência fazia também uma interpretação conforme da expressão "carta"; porque, na verdade, nesse ponto há uma divergência substancial entre o voto de Vossa Excelência e do ministro Eros.

O sr. ministro Carlos Britto: Eu excluiria do serviço postal a cargo dos Correios e Telégrafos as encomendas e os impressos. Por isso que o meu voto está muito mais próximo do ministro Eros Grau do que do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Até mesmo para não rechaçar certa realidade existente há vinte anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas só para ajustarmos também a compreensão. Vossa Excelência, na verdade, dava uma interpretação para a expressão. Eu entendi que Vossa Excelência fazia uma redução teleológica, sem disposição, no que concerne ao conceito de carta.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, como a Constituição fala de serviço postal, e serviço postal é serviço de correio, serviço de postagem, é serviço de entrega para repasse a outrem é a figura tradicional do Estado mensageiro, do Estado carteiro, entre o emissor e o receptor de uma mensagem. Então, eu excluiria do serviço postal exclusivamente as encomendas e os impressos e tudo o mais ficaria sob não monopólio, mas sob o serviço exclusivo da União.

O sr. advogado: Os serviços ditos pelo ministro Carlos Britto, eles já não integram o monopólio dos Correios – entrega de jornais, revistas, periódicos. Já não são considerados monopólio. De fato, os correios, eles não são exclusivos nesse serviço que Vossa Excelência mencionou.

O sr. ministro Carlos Britto: Tanto melhor.

ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, Vossa Excelência me permite e o ministro Eros Grau, que é o líder da corrente divergente do doutíssimo voto do ministro relator, ministro Marco Aurélio?

Creio que, a prevalecer o encaminhamento que acaba de ser feito, há de o Tribunal então dar procedência integral à ação. Porque o pedido da ação se cinge, retirados todos os seus adereços, a definir o que seja "carta", para efeito de manutenção do monopólio dos Correios. E se o Tribunal a isso está se dispondo, então nós temos que dar integral procedência à ação.

Mantenho a minha posição contrária, com todo respeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Na própria inicial se admite que os Correios permaneçam com os postados propriamente ditos; na própria inicial se admite que os Correios permaneçam, a Empresa Brasileira permaneça com...

A sra. ministra Ellen Gracie: Sim. A própria inicial admite que os Correios permaneçam apenas com as atividades deficitárias.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De cartas.

A sra. ministra Ellen Gracie: É esse o objetivo da ação.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É muito interessante a colocação.

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, eu não estive presente na última votação, nos últimos votos, mas Vossas Excelências me corrigirão. Se nove votos afirmaram, como parece terem afirmado, que a norma subsiste em relação às cartas, por nove votos a ação é julgada improcedente em relação às cartas. Disso não há dúvida nenhuma.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu só queria tirar uma dúvida.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não há dúvida nenhuma.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não há pedido.

A sra. ministra Ellen Gracie: Isso nem é pedido.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu só queria tirar uma dúvida. Ministro Carlos Britto, no seu voto – eu tinha citado ontem e agora estou tentando rememorar –, Vossa Excelência disse: "Senhor presidente, neste primeiro momento inclino-me por entender que essa exclusividade [exclusividade da atividade de serviço dos Correios] à qual me refiro circunscreve-se às atividades que impliquem comunicação privada [estou falando de cartas] e comunicação telegráfica. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial [dizia Vossa Excelência] eu excluiria dessa atividade da União."

Que é exatamente o pomo da discórdia.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O nobre advogado-geral da União, ao assomar à tribuna, veiculou justamente isso, que já se observa certa distinção.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Porque aqui, portanto, o ministro Carlos Britto faz uma redução teleológica da expressão "cartas". Não estamos falando de encomendas e nem de impressos. A discussão sobre encomendas e impressos tem surgido exatamente porque tem havido solicitação – isto na série de discussões que nós tivemos – dos próprios Correios para a persecução criminal dessas empresas que fazem entrega de pacotes e de impressos etc. Portanto, aqui há uma certa confusão que precisa ser dirimida, porque os correios invocam o monopólio para esse fim.

Mas, então, em relação a "cartas" Vossa Excelência disse isso.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso foi na minha primeira manifestação, mas na sessão de ontem, por efeito da contribuição de Vossa Excelência...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De anteontem.

O sr. ministro Carlos Britto: De anteontem. Tem razão. Na sessão de anteontem, já por efeito da contribuição de Vossa Excelência, com seu alentado voto, trazendo a lume a discussão sobre a entrega dos impressos, eu enxuguei o meu voto na perspectiva de excluir tão só do serviço postal as encomendas e os impressos. Tudo o mais eu jogo no âmbito material de compreensão dessa dicção constitucional "serviço postal".

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Seria o quê? Correspondência pessoal?

O sr. ministro Carlos Britto: Mais do que isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não. Ele aceita como válido todo o conceito do artigo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Porque tem entrega de talões de cheques, carnês, boletos de cobrança, encomendas, serviços de *currier.*

O sr. ministro Carlos Britto: Sobretudo boleto, por exemplo, de tributos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E que não sejam tributos, um carnê de pagamento, que hoje é feito pela internet.

O sr. ministro Carlos Britto: Porque, senão, o governo, para deixar com a iniciativa privada a entrega de boleto de tributos, teria até de abrir uma licitação. E, assim não; essa entrega ficaria a cargo dos Correios.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: No caso de carnê de cobrança de uma loja de eletrodomésticos, por exemplo, que pode ser realmente enviado pela internet, o próprio pagamento pode ser feito hoje num caixa eletrônico, sem qualquer intervenção dos Correios.

O sr. ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, pelo que estou entendendo, este conceito restritivo de carta significa dizer que o Correio fica apenas com a carta escrita manualmente, que exclui inclusive a forma mecânica.

A sra. ministra Ellen Gracie: Qualquer documento múltiplo já foge a esse conceito.

O sr. ministro Cezar Peluso: Está aqui: "produzido por meios digital e mecânico". Isto é, se for digitado, se for datilografado, se for qualquer outra coisa, ainda que se trate de comunicação personalíssima, não será carta e, portanto, ficará excluído do serviço postal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Evidentemente, essa definição de "carta" é sob o ângulo formal, não do conteúdo nem da forma utilizada na redação!

O sr. ministro Cezar Peluso: O pedido é exatamente este: reduzir o conteúdo do objeto normativo a carta em sentido eu diria até antiquado.

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, nós votamos e não há seis votos afirmando a não recepção. Tudo isso que estamos discutindo hoje já foi votado.

O sr. ministro Cezar Peluso: Ministro Eros, só apoiando Vossa Excelência e reafirmando meu raciocínio inicial, achei ininvocáveis as normas trazidas. Recorri diretamente à Constituição, porque a Lei de Regência, a número 9.882, é textual: permite o julgamento com dois terços, que é *quorum* de julgamento, e não, do teor de decisão, isto é, *quorum* suficiente para julgar, não *quorum* suficiente para proclamar. Dois terços. Oito ministros.

O sr. ministro Carlos Britto: Quórum de reunião.

O sr. ministro Eros Grau: Observo somente que temos quase mil processos em pauta e os votos já foram dados. Teríamos de proclamar o resultado. A minha preocupação diz com a observação de Vossa Excelência, de que estamos decidindo sem efeito vinculativo. Acho que esse é um ponto que teríamos também...

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Por que nós temos esse impasse em relação ao art. 8º? Porque os §§ 1º e 2º da Lei 9.882/1999 foram vetados. E por que eles foram vetados? Estou lendo aqui. O que dizia o projeto aprovado no Congresso com relação à Lei 9.882/1999? Por isso é que não temos um paralelo perfeito com a Lei 9.868/1999:

> § 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a arguição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros.

Portanto, exigiu-se como quórum e se exigiu também como critério de maioria para a votação.

Dizia o § 2º:

> § 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da arguição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos.

A mesma regra que conhecemos.

Por isso que isso foi vetado e temos esse impasse em não podermos fazer a aplicação direta que fazemos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas, ministro, considerado isso, temos a pista do art. 5º da mesma lei, ao afirmar que o Supremo, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar, se para liminar precisa da maioria absoluta, como é que para dizer que não é recepcionado? Então, foi vetado; mas a pista para a teleologia da norma está naquela que cuida da decisão provisória. O que dirá a definitiva.

O sr. ministro Cezar Peluso: É medida de caráter provisório e exige maioria absoluta.

O sr. ministro Carlos Britto: Quanto mais uma decisão definitiva.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Além do quê, ministro Peluso, na esteira do que afirma Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, eu tenho uma proposta a fazer.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu tenho até uma dúvida agora.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, ministro, só para fechar. É que, no Estado de Direito, todo ato do poder público presume-se constitucional ou válido. Daí a observação feita pelo ministro Marco Aurélio relativamente ao

mandado de segurança. Quando se questiona um ato do poder público, não se pode presumir que, num Estado de Direito, o poder age contra o Direito. Logo, se a norma está eficaz e não se considerou inválida nos termos do que está posto, não vejo como romper isso sem essa maioria absoluta, para apenas resolver o caso nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando-se que aqui não se alcançou a maioria absoluta.

Apenas para deixar o meu ponto de vista que é na esteira exata do que disse o ministro Peluso.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, creio que, pelo menos nesta assentada, não vamos chegar a uma conclusão sobre a matéria. E temos processos inseridos em pauta aguardando o pregão.

Proponho que se suspenda a conclusão do julgamento como está para, mediante reflexão dos integrantes do Supremo, chegar-se à solução que implique, como disse, jurisdição. Não concebo, a esta altura, simplesmente dizer que nada se decidiu a respeito. O objeto da ação não é a declaração de inconstitucionalidade de lei. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é a prevalência de um direito fundamental.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Se pudesse votar, é como qualquer outro; é só votar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Ministro Britto, eu fiquei agora com a impressão, depois que Vossa Excelência falou, de que, na verdade – eu contemplei esse seu voto, Vossa Excelência fez um reajuste de voto em relação ao art. 47, isso é o que estou entendendo –, está excluindo em comento, mas está entendendo que o conceito de carta, tal como está no art. 47, está hígido.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, não é bem isso, Excelência. Quando eu fiz aquele primeiro voto, eu tive o cuidado de explicitar que se tratava de um tema de difícil cognição, não só na prática, extremamente complexo, que levava a divergências radicais. Como à luz do próprio direito, todos nós tínhamos dificuldade em precisar o alcance material dessa dicção constitucional "serviço postal". Está bem claro no meu primeiro voto. Depois disso, a ministra Ellen Gracie trouxe um substancioso voto que me impressionou bastante, entre outras coisas, porque Sua Excelência falava de financiamento cruzado, dizendo que as receitas do serviço público, prestado pelos Correios e Telégrafos, se compensam, de sorte que algumas financiam outras.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É o argumento extremado hoje presente nos veículos de comunicação e estampado nos jornais, de que haverá uma tragédia caso se observe a atuação privada propriamente dita.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, mas é prático. Não é *ad terrorem*.

A sra. ministra Ellen Gracie: Argumento econômico.

O sr. ministro Carlos Britto: A ministra disse isso há meses atrás.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Retorno à Carta da República, no que prevê competir à União manter o serviço postal. E, evidentemente, ela recolhe impostos e poderá muito bem, em suplementação, alocar verbas.

O sr. ministro Carlos Britto: Perfeito. Assentei o regime juspublicístico do serviço, e não o jusprivatístico, na linha do voto do ministro Eros Grau. Eu nem sabia que na prática isso já estava excluído. Excluí, como efetivamente excluo, do âmbito material de incidência desta expressão "serviço postal", os impressos, a partir do voto de Vossa Excelência, proferido anteontem, e contemplo aquela minha primeira preocupação: também afasto do âmbito de incidência as encomendas, ou seja, os volumes entregues para destinação a terceiros.

Então, excluiria exclusivamente do meu voto ou do âmbito de incidência material dessa expressão constitucional "serviço postal" tão só os impressos e as encomendas.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, boletos, contas, Vossa Excelência deixaria no conceito de cartas?

O sr. ministro Carlos Britto: Deixaria.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Na verdade, então, temos maioria no sentido da improcedência.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Há cinco votos contrários.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não. São seis votos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Alguém mudou de voto?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Com o voto do ministro Carlos Britto nesse sentido temos seis votos no sentido da improcedência da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Da improcedência da ação?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim, da improcedência da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Foram os votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Eros Grau. Temos seis votos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu estava computando o voto de Vossa Excelência.

O sr. ministro Carlos Britto: Temos seis votos pela improcedência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não, presidente, porque, na corrente da improcedência, estão os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e as ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie. São cinco votos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Temos seis votos no sentido da improcedência.

O sr. ministro Cezar Peluso: Sim. Seis votos.

O sr. ministro Carlos Britto: O meu conceito de carta não é reducionista. Pelo contrário, é ampliado.

O sr. ministro Cezar Peluso: Amplia. Portanto, julga quase totalmente improcedente.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso. Perfeito!

A sra. ministra Cármen Lúcia: E recepcionada a norma.

O sr. ministro Cezar Peluso: Exatamente. E, portanto, recebida a norma.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ninguém interpreta melhor o voto do que aquele que o prolatou. Longe de mim contestar o novo enquadramento que o ministro Carlos Ayres Britto está dando ao voto proferido que, a rigor, em bom vernáculo, implicou a procedência parcial do que pleiteado na peça primeira da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Se considerarmos a parte exclusivamente dispositiva da decisão, sim, mas imbricada com os fundamentos, não. Porque tenho fundamentos que não coincidem com os de Vossa Excelência. Pelo contrário. São radicalmente contra os fundamentos de Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência mantém os fundamentos?

O sr. ministro Carlos Britto: Os meus fundamentos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E dá a eles um misto de dispositivo?

O sr. ministro Carlos Britto: Por isso estou dizendo que o meu voto é muito mais atraído pelo voto do ministro Eros Grau do que pelo voto do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Até mesmo pela proximidade, Excelência!

O sr. ministro Carlos Britto: Física.

O dr. Luís Roberto Barroso (advogado): Senhor presidente, Vossa Excelência me permite uma consideração que é de fato, mas com uma implicação jurídica? A ministra Ellen Gracie, na sessão de anteontem, fez um comentário de que não caberia uma arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas para pedir a definição de carta. De modo que, conciliando a posição do ministro Eros Grau com a da ministra Ellen Gracie, gostaria de propor um encaminhamento de que se considera recepcionada a lei, mas que a definição do conceito de carta não é cabível numa arguição de descumprimento de preceito fundamental, na linha do que votou a ministra Ellen Gracie.

A sra. ministra Ellen Gracie: Então desista da arguição de descumprimento de preceito fundamental!

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Desista. Seria o melhor caminho.

O dr. Luís Roberto Barroso (advogado): Mas diante do impasse, verdadeiramente, se fosse possível, eu teria desistido. Mas a recepção, na linha do voto do ministro Eros Grau e da ministra Cármen Lúcia, sim. A questão de definição infralegal do que seja carta, aí já refoge se for recepcionado, com todo o respeito.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Cabe ao Congresso Nacional definir o que quer que seja.

O sr. ministro Cezar Peluso: A referida sugestão implica que todos os ministros refaçam os seus votos!

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): Senhor presidente, com a permissão do senhor ministro advogado-geral da União, gostaria de prestar alguns poucos esclarecimentos acerca do que hoje constitui, ou não, o monopólio dos Correios.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Já não temos mais oportunidade para discutir sobre essa questão.

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): É uma questão apenas de fato, Excelência. Então, eu gostaria de rápidas palavras, deixar bastante explicitado que ao Correio cabe a prestação de serviço postal de correspondência, valores e encomendas. E que a Lei 6.538 apenas considerou como monopolizadas, expressão que não é a mais adequada, mas exclusivas da ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, ou seja, carta, cartão postal e correspondência agrupada. "Encomendas" é serviço postal, porque nós precisamos levar às vezes o medicamento para todo o Brasil, mas também pode ser feito pela iniciativa privada, e impressos: jornais, livros e periódicos não são monopolizados, têm apenas tratamento tarifário diferenciado. Então, nos Correios a prática e a lei nos autorizam a agir dessa forma.

Nesse sentido, com autorização do senhor ministro, achei importante. "Encomenda" é serviço postal, porque nós precisamos fazê-lo em todo o Brasil, mas não é monopolizado.

O sr. ministro Carlos Britto: Não é exclusivo.

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): Não é exclusivo. E impresso também. Fazemos em todo o Brasil e com uma tarifa diferenciada porque se trata de jornais, periódicos, livros, etc. e nós não o fazemos com exclusividade. Apenas carta fechada ou aberta de interesse específico do destinatário, seja ela uma comunicação social, administrativa ou comercial.

Obrigada, Excelência.

O sr. ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, se bem entendi o voto do ministro, coincide exatamente com a legislação que está em vigor.

O dr. advogado: Encomenda não é exclusivo, está bem, está resumido; não há divergência. Agora eu quero saber se um buquê de flores com um cartão é considerado correspondência agrupada.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Senhores ministros, vamos definir.

Eu queria relembrar que ontem eu julgava parcialmente procedente a arguição e aí eu fixava a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitava-se ao conceito de carta, cartão postal e correspondência agrupada, nos termos do art. 9º. Aí, então, fazia a exclusão, não abarcando

a distribuição de boletos – e dizia boletos bancários, contas de água, telefone e luz. Portanto, excluía do conceito de carta e nisso fui acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello. Eu entendia que estava também acompanhando o ministro Carlos Britto, mas Sua Excelência agora esclareceu que o seu entendimento em relação ao art. 47 é outro. Por isso estou dizendo: temos cinco votos no sentido da improcedência e a esses votos se soma o voto do ministro Carlos Britto.

O sr. ministro Carlos Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, julgada improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Parece-me que é esse o encaminhamento adequado. E, claro, o ministro Marco Aurélio julgava procedente a arguição e ficaram vencidos o ministro Gilmar Mendes, ministro Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello, em menor extensão.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: E quem redigirá o acórdão?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Redigirá o acórdão o ministro Eros Grau.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, ficou pendente uma questão muito importante, que é a da persecução penal. Porque os vários memoriais que eu recebi tratam exatamente da persecução penal que estão sofrendo aquelas empresas que estão fazendo a entrega de encomendas, de boletos, enfim, nessa linha que foi inclusive aventada da tribuna. Esse é um ponto absolutamente fundamental que nós temos que tomar uma decisão com relação a isso. Esse é um direito fundamental que está em jogo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Um diapasão maior ao voto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Há vários. E como o ministro Carlos Britto excluiu do monopólio, segundo entendi, agora as encomendas...

O sr. ministro Carlos Britto: Da exclusividade da prestação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Então, aqueles que entregam encomendas não podem ser objeto de persecução penal. Isso tem que ficar assentado com muita clareza, porque senão nós desencadearemos aí uma caça às bruxas.

O sr. ministro Eros Grau: Eu proponho que se vote esse ponto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Esse ponto é fundamental, porque isso é realmente um preceito fundamental.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): A improcedência estará bem-temperada.

O sr. ministro Eros Grau: Há duas opções: ou nós votamos agora ou discutiremos isso em *habeas corpus* futuros; reabriremos a discussão. Quanto a isso foi que eu me manifestei.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu proferi voto nesse sentido, ontem. Eu até havia me manifestado em maior extensão. Depois, restringi ao art. 42.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, esse é um ponto ferido na inicial, *data venia*, que não foi suficientemente esclarecido no Plenário.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Foi objeto inclusive de sustentação do doutor Arnaldo Malheiros.

O sr. ministro Eros Grau: Eu não estou absolutamente querendo dificultar nada. O que quero deixar claro é que eu não me manifestei sobre esse ponto. E acho que o ministro Joaquim Barbosa também não se manifestou. Isso não foi discutido. Então existem duas possibilidades: ou nós reabriremos e decidiremos essa matéria agora ou acabaremos apreciando-a no futuro em *habeas corpus* que chegarem aqui.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Entendo que enquanto não for proclamado o resultado do julgamento, o julgamento não terminou. Não podemos agora modular.

O sr. ministro Eros Grau: Uma alternativa. Eu não estaria absolutamente opondo obstáculo, ministro Ricardo Lewandowski.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, estou entendendo. Perfeitamente.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E por que não a procedência quanto ao preceito que revela o tipo penal? Apenas o preceito que revela o tipo penal.

O sr. ministro Eros Grau: Nós vamos ter que rediscutir isso, presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso: Mas o art. 42 não é objeto da ação.

O sr. ministro Eros Grau: Isso não foi objeto de discussão.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não é objeto da ação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Tanto é que o ministro Gilmar Mendes expressamente fez alusão a ele. Eu fiz.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tanto é que eu declarava inicialmente em relação a todas as disposições.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O que está incomodando mesmo, presidente, além do afastamento da livre concorrência, é a glosa penal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim, inclusive em matéria de encomenda que se diz que não é objeto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E esse é um direito fundamental em jogo, na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O sr. ministro Eros Grau: É fundamentalmente a questão da oposição entre iniciativa ou... Agora, ou nós reabriremos a discussão sobre isso ou isso chegará aqui, no futuro, através de *habeas corpus* que cheguem ao Supremo Tribunal Federal. Deve haver alguns por aí.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Controle concentrado e controle difuso.

O sr. ministro Eros Grau: Mas isso não foi discutido, ministro. Eu não apreciei isso.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu sei. Vossa Excelência está apresentando as alternativas e eu estou expressando a minha opinião nesse sentido.

A sra. ministra Ellen Gracie: Eu recebi também esses memorais e tenho certa dúvida de que efetivamente esteja ocorrendo alguma persecução criminal se nem a lei, nem a prática excluem essas encomendas, do âmbito da iniciativa privada. Quer dizer, se eventualmente houve uma iniciativa policial nesse sentido será facilmente derrubada.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Para mim, as assertivas dos advogados têm fé pública.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Além do quê, ministra Ellen Gracie, o art. 42, ao afirmar a violação do privilégio postal – privilégio foi exatamente o regime que foi afirmado nos nossos votos pela improcedência –, o regime fixou essa situação. Ora, se não está acontecendo exatamente como posto, a norma foi recepcionada e a aplicação dela. Então, o fundamento nem era do ministro Ricardo Lewandowski

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu fundamentei exatamente no caráter aberto deste tipo, quer dizer, contrariar monopólio nos termos ou nas condições estabelecidas.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós temos que, de certa maneira, dar uma definição a esse tipo.

O sr. ministro Cezar Peluso: O que está me parecendo, senhor presidente, é que a subsistência do art. 42, ainda que restrito, é consequência direta do pedido. O pedido, na verdade, diz o seguinte: existe, sim, "o monopólio ou serviço privativo" com o todo o regime legal correspondente ao objeto específico, não aos outros que a petição inicial considera fora do monopólio.

Noutras palavras, não se pede que o art. 42 seja de modo absoluto declarado incompatível com a Constituição, porque também é preceito secundário tendente a garantir o que seria o monopólio residual.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Ontem eu trazia essa discussão, mostrando a largueza, a amplitude, o caráter do tipo flagrantemente aberto do art. 42. E, na prática, nós vimos isso na discussão. Infelizmente ela já está muito distante no tempo, mas houve várias sustentações. Para este aspecto penal, na verdade, trouxe sustentação específica o doutor Arnaldo Malheiros, mostrando que se usava muitas vezes o inquérito criminal, o inquérito penal, para fazer valer o monopólio. Era isso que estava em discussão. Por isso a questão foi posta.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E nós podemos examinar a compatibilidade de uma cláusula dessa, aberta, de caráter quase que indeterminado, com a Constituição Federal, porque envolve tipicamente direito fundamental.

O sr. ministro Celso de Mello: Porque isso compromete a função de garantia do tipo penal, que representa uma emanação do próprio texto da Constituição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida nenhuma. *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Aí a *lege* está muito aberta.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E se ficará, de qualquer forma, no campo da responsabilidade civil e administrativa.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Senhor Alkimin.

O dr. Alkimin (advogado): Represento aqui junto com doutor Malheiros a Abraec, que figura como *amicus curiae*, que suscitou exatamente essa questão em relação ao art. 42.

Só para rememorar, depois da sustentação do doutor Malheiros, o próprio então procurador-geral da República, doutor Cláudio Fonteles, aderiu neste específico ponto à procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecendo que, de fato, não há compatibilidade com a Constituição. Só para rememorar à Corte esse aspecto.

O sr. ministro Eros Grau: Eu vou pedir vista novamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Para examinar esse ponto.

O sr. ministro Eros Grau: Se vamos discutir isso, peço vista.

A sra. ministra Ellen Gracie: Acho que não é o caso.

O sr. ministro Eros Grau: Mas eu não posso porque já foi proclamado?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência quer vista em mesa?

O sr. ministro Eros Grau: Eu pediria vista para examinar essa matéria, porque é uma nova questão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não, não é uma nova questão.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, ela não é nova. Só que ela não foi examinada pelo Plenário, ou pelo menos por alguns ministros.

O sr. ministro Eros Grau: Permitam-me explicar. Nós votamos. Votamos o quê? A recepção ou não recepção da lei toda. Houve seis votos no sentido da improcedência. Então terminou. Acho que terminou. A ação é improcedente.

O sr. ministro Cezar Peluso: A lei toda é considerada incompatível com o ordenamento em vigor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas o próprio ministro Carlos Britto exclui as encomendas?

O sr. ministro Eros Grau: A ação é improcedente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas o próprio ministro Britto excluiu as encomendas. Quer dizer, se alguém distribuir encomenda, está enquadrado no art. 42? É uma questão que está aberta. Porque o Plenário não decidiu isso. Nesse aspecto houve um empate.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): O voto do ministro Carlos Britto me acompanhava no que diz respeito à inconstitucionalidade da lei penal, do art. 42. Não era isso?

O sr. ministro Carlos Britto: Exclusivamente quanto à constitucionalidade do art. 42.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, a soma dos seis votos diz respeito à substância do serviço postal. Agora, quanto à questão do art. 42, não há maioria absoluta.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O ministro Eros Grau fica com vista do processo?

O sr. ministro Eros Grau: Não, vamos devagar. Não é assim não.

O sr. ministro Cezar Peluso: A pergunta que acho que a Corte deve fazer-se é se quem viola o serviço privativo, ou, em outros termos, o monopólio, por exemplo, quanto a cartas, fica, ou não, sujeito a esse tipo penal?

O sr. ministro Eros Grau: Mas é óbvio. Isso é de uma clareza para mim meridiana.

O sr. ministro Cezar Peluso: Essa é a pergunta: fica ou não fica sujeito a este tipo? Isto é, quem passe, por exemplo, a transportar cartas *stricto sensu*, concorrendo com o serviço postal da União, comete, ou não, comete o crime previsto no art. 42?

O sr. ministro Eros Grau: Comete. Agora, no caso de encomenda, foi esclarecido aqui que não está incluído no conceito de exclusividade. Mas, como observou a ministra Ellen Gracie, essa não é uma matéria que se tenha efetivamente suscitado.

O que me preocupa, senhor presidente, é que estamos num momento de proclamação, já há seis votos pela improcedência, e das duas uma: ou nós proclamaremos e aguardaremos os processos que chegarão – se há o problema, eles chegarão –, ou então reabriremos tudo, e isso será seguramente um fato inusitado na Corte.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peço a palavra.

O art. 42 diz o seguinte:

Constitui crime:

> Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais [ou seja, um conceito muito vago], objetos de qualquer natureza [também um conceito mais vago ainda] sujeitos ao monopólio da União [que não foi definido com clareza pelo Plenário desta Corte], ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas. Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

Parece-me, senhor presidente, que compete ao Plenário, com a devida vênia, decidir se um tipo penal com esta largueza, com esta abertura é ou não compatível com a Constituição. Eu penso, com todo respeito, que não.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Isso não é objeto do pedido.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Isso é objeto do pedido, sim.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Foi pedido. O Ministério Público se manifestou sobre isso. Nós nos manifestamos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não, o pedido é absolutamente vago.

Leio o pedido, o que sobeja do pedido e que remotamente talvez tenha alguma conexão com o art. 42:

> Declarar, nos termos do art. 11 da Lei 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei 6.538, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondência;

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas nós não rigorosamente estamos adstritos à inicial. E *data venia*, esta discussão está compreendida na inicial.

O sr. ministro Cezar Peluso: Sob pena de ser considerado inepto – e não é caso de inaptidão, a meu ver –, tem que ser compatibilizado com o que está na letra *c*.

Na verdade, não se quer declarar a inconstitucionalidade total da lei. O que se quer declarar é que ela é abrangente demais, que o seu conteúdo compatível com a Constituição é menor. Menor em que sentido? Tudo o que está na lei vale e é compatível como exclusão, desde que se restrinja à carta no sentido que está discriminado no inciso VI. Só isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas se Vossa Excelência assenta desta forma, dizendo que interpreta o art. 42 em consonância com o art. 9º, exclusivamente no que concerne, portanto, a cartas, cartões postais e a correspondências agrupadas, o assunto está resolvido.

O sr. ministro Cezar Peluso: Quanto a isso não tenho dúvida.

O sr. ministro Eros Grau: Então, abro mão do meu pedido de vista.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Qual é a solução?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Interpretar o art. 42 em consonância com a expressão do monopólio do art. 9º da lei. Portanto, retira essa abertura das condições.

O sr. ministro Cezar Peluso: Claro. Quanto a isso, estou de acordo.

O sr. ministro Eros Grau: Que isso conste inclusive do acórdão.

O sr. ministro Carlos Britto: Está correta a interpretação de Vossa Excelência. Faz-se a interpretação do art. 42 conjugadamente com o art. 9º.

O sr. ministro Cezar Peluso: Excluem-se os abusos e restringe-se o que é próprio do monopólio.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E que conste do voto, o que assentado da tribuna pela digna representante jurídica dos Correios e Telégrafos.

O sr. ministro Carlos Britto: Mas essa conciliação hermenêutica resolve.

O sr. ministro Cezar Peluso: Estou de acordo, senhor presidente.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, a interpretação conciliatória do art. 42.

O sr. ministro Celso de Mello: Com o art. 9º da Lei Postal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Com o art. 9º da Lei Postal, evitando, portanto, essas situações de pouca clareza e de insegurança jurídica.

Fixamos, então, esta interpretação: julgamos improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e fixamos a interpretação conforme do art. 42. Vencido na primeira parte quanto à improcedência o ministro Marco Aurélio e, parcialmente, o presidente e os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski no que diz respeito a conceito de "carta".

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Monopólio, para mim, se cinge à correspondência pessoal e à emissão de selos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tal como eu também havia formulado.

Portanto, está resolvida esta questão.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Conforme relatado pelo ministro Marco Aurélio, esta arguição de descumprimento de preceito fundamental foi formalizada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), apontando-se como arguida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), vinculada ao Ministério das Comunicações.

Ainda segundo o relator, a inicial descreve a criação, no território nacional, de diversas empresas de distribuição, visando a atender à demanda do mercado de serviços de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de conta de luz e gás, entre outras atividades.

Relata a inicial que tais atividades desencadearam

> uma verdadeira cruzada nacional para expurgar a concorrência e banir do mercado todas as empresas congregadas pela arguente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a arguida possuiria o monopólio postal absoluto e, assim, toda e qualquer correspondência, seja ela uma lista telefônica, uma conta de luz ou uma encomenda, estaria sob o conceito de carta, ou seja, papel escrito metido em envoltório fechado, que se envia de uma parte a outra para comunicação entre pessoas distantes; manuscrito fechado com endereço (Dicionário Brasil Contemporâneo). [Fl. 10.]

Para a arguente, o mencionado monopólio é inconstitucional, pois configura, na verdade, eliminação da livre concorrência e do primado da iniciativa privada (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, da CF), uma vez que não se insere entre as hipóteses do art. 177 da Constituição Federal. Formula, ao final, os seguintes pedidos:

a) reconhecer-se "a violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, como exaustivamente apontado nesta peça, perpetradas por atos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Poder Público)";

b) declarar-se, "nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei n. 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências";

c) também nos termos do art. 11 da Lei 9.882/1999, tendo em vista a relevância da matéria, declarar-se o que se entende por carta, cuja entrega, por motivo de segurança e privacidade, continua sendo prerrogativa da arguida, restringindo-se tal conceito "ao papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes, contendo assuntos de natureza pessoal e dirigido, produzido por meio intelectual e não mecânico, excluídos expressamente deste conceito as conhecidas correspondências de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários como talões de cheques, cartões de crédito, etc.".

O ministro **Marco Aurélio**, relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para

> **declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. da Lei 6.538/1978** que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União – ou, mediante sutil jogo de palavras, em regime de "controle/privilégio exclusivo", conforme quer fazer crer a Advocacia-Geral da União, em memorial entregue a esta Corte – a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 170, cabeça, IV, e parágrafo único. [G.n.]

Para Sua Excelência, o significado do verbo "manter", expresso no inciso X do art. 21 da CF, não é o mesmo de tempos passados. Após considerações sobre o modelo de Estado Social e o de Estado interventor, Sua Excelência asseverou ser "necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo poder público à iniciativa privada", no bojo do programa de reforma do Estado brasileiro. E concluiu:

> Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no direito administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei 6.538/1978, especialmente o texto do art. 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.

Afastado o monopólio do serviço postal, o ministro Marco Aurélio avança no exame do enquadramento do referido serviço nas áreas de atuação estatal. Para tanto, procura demonstrar que "nenhuma atividade é, em si mesma, serviço público", razão pela qual não há critério ontológico a nortear a matéria. Para Sua Excelência, o serviço postal insere-se, no contexto atual, no denominado Terceiro Setor e, pois, como serviço não exclusivo:

> No caso, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

A leitura da Constituição Federal de 1988, para o eminente relator, corroboraria sua tese, na medida em que o legislador constituinte, diferentemente do que dispôs em relação aos serviços de telecomunicações (art. 21, XI, CF) e de energia elétrica (art. 21, XII, *b*, CF), não se referiu à exploração estatal direta ou à exploração mediante autorização, concessão ou permissão no que diz respeito ao serviço postal (art. 21, X, CF).

Por outro lado, a Constituição é exaustiva em relação ao monopólio da atividade econômica, nos termos do art. 177, sem que haja qualquer referência ao serviço postal.

Assim, Sua Excelência afirma que "somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo 'manter', a compelir a União a assumir o ônus relativo aos serviços postais, significa na verdade 'prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado'".

Em síntese, o voto do eminente ministro Marco Aurélio confere o seguinte significado ao inciso X do art. 21 da CF:

> No caso e ante as peculiaridades envolvidas, "manter", na verdade, significa um conjunto de serviços que devam ser garantidos necessariamente pela União, o que abrangeria, inclusive, eventual exigência de prestá-los diretamente, quando não houver interesse econômico suficiente à implementação da atividade em determinados pontos do território nacional. Funciona como espécie de aval que a União concede aos cidadãos, obedecidos os princípios de continuidade e de universalidade dos serviços.

O ministro **Eros Grau**, por sua vez, votou pela improcedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entende Sua Excelência que o serviço postal é serviço público, porquanto a própria Constituição, ao destacar tal atividade, fê-lo exatamente para distingui-la da atividade econômica em sentido estrito. Embora a Lei 6.538/1978 tenha se referido, equivocadamente, a

monopólio da atividade estatal, trata-se, na verdade, de privilégio da administração na prestação do serviço postal, uma vez que a denominação "monopólio" é "de atividade econômica em sentido estrito".

Em resumo, assevera:

> Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão e permissão.

Para Sua Excelência, o argumento de que o serviço postal é atividade econômica no sentido estrito não se sustentaria na medida em que a Constituição, para assim defini-lo, deveria ter expressamente reconhecido esse serviço como livre à iniciativa privada, "tal como fazem os arts. 199 e 209 em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão. Os artigos mencionados excepcionam o art. 175 para dizer que a prestação de serviços de saúde e educação são livres à iniciativa privada".

Em voto-vista, o ministro **Joaquim Barbosa** manifestou-se também pela improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, acompanhando a divergência. Posiciona-se pela definição do serviço postal como serviço público, reportando-se à doutrina brasileira e ao fato de a atividade em apreço ser de "interesse geral de toda a coletividade". Para Sua Excelência, a Constituição, "ao falar em 'manter o serviço postal', determinou que cabe à União assegurar a sua execução em todo o território nacional". Fixada essa premissa, o ministro Joaquim Barbosa observou que cabe ao legislador definir se o serviço postal pode ou não ser prestado por delegatários da União. Nesse ponto, concluiu:

> Entendo que a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial (no qual incluo as cobranças de débitos) **deve ser tratada pelo legislador ordinário**, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão. [G.n.]

O ministro **Cezar Peluso** acompanhou a divergência. Para Sua Excelência, o fato de a Constituição ter atribuído tal atividade à União é suficiente para configuração do serviço público. Assim, votou pela improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ministra **Ellen Gracie**, em voto-vista, também julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao concluir ser a atividade postal serviço público, e não atividade econômica, cuja prestação é exclusiva do Estado. Para tanto, fez considerações sobre o art. 177 da CF, que não indica o serviço postal entre as atividades sob monopólio.

Já o ministro **Carlos Ayres Britto** julgou procedente em parte a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Inicialmente entendeu ser a atividade postal serviço público, que, diferentemente dos demais, **não é passível sequer "de transpasse para a iniciativa privada, mediante os conhecidos institutos da autorização, da concessão e permissão"**. Quanto à caracterização das espécies de atividade postal que seriam consideradas como serviço público, Sua Excelência entendeu

> que essa exclusividade a qual me refiro circunscreve-se às atividades que **impliquem comunicação privada e comunicação telegráfica**. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial, eu excluiria dessa atividade da União. [G.n.]

E concluiu:

> Então, julgo procedente em parte, para dizer (...) que a recepção da Lei 6.538/1978 pela Carta Magna de 1988 se restringe às atividades relacionadas com **entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos**. [G.n.]

Cheguei a manifestar-me pelo acolhimento da arguição apenas em relação aos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538, os quais se referem a tipos penais. No mais, julguei improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em síntese, o relator, ministro Marco Aurélio votou pela procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental; o ministro Eros Grau manifestou-se pela improcedência, no que foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie. O ministro Carlos Britto julgou a arguição de descumprimento de preceito fundamental procedente em parte.

O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro **Menezes Direito**, que, posteriormente, **afirmou sua suspeição**, razão pela qual os autos retornaram a esta Presidência, **momento em que pude reexaminar a questão em maior profundidade. Aproveito, então, para reajustar meu voto.**

Há controvérsia sobre o critério para se definir se determinada atividade é ou não serviço público. Seria matéria reservada exclusivamente ao legislador ou poder-se-ia definir o serviço público a partir do exame do contexto histórico em que se insere certa atividade?

Antes de reafirmar meu posicionamento, revisitarei brevemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O STF afirmou, nos autos do RE 229.696/PE, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-12-2002, ao examinar a aplicação do regime de precatório à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), na própria ementa do julgado, que essa empresa pública "não exerce atividade econômica e presta **serviço público** da competência da União Federal e por ela mantido."

O ministro Ilmar Galvão, então relator originário, ficou **vencido**. A tese de Sua Excelência era a de que o serviço postal

> ***não* se trata de serviço público inerente ao Estado**, mas de atividade econômica exercida em forma de monopólio estatal, o que, como visto, não pode conferir à ECT posição privilegiada em face das empresas privadas. [G.n.]

O voto condutor coube ao ministro Maurício Corrêa, que sustentou ser a ECT empresa pública prestadora de serviço público e, por conseguinte, submetida ao regime de precatório. Após transcrever o teor do art. 173, *caput*, da CF de 1988, Sua Excelência afirmou que "não há como inferir que seja dispensável a expedição de precatórios nas execuções contra empresas públicas que exerçam atividade **tipicamente estatal**". Afirmou, ainda:

> Note-se que as **empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado**, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. [G.n.]

Ao acompanhar a divergência inaugurada pelo ministro Maurício Corrêa, o ministro Nelson Jobim reportou-se às lições de Ruy Cirne Lima a propósito do critério para a definição de determinada atividade como serviço público:

É preciso *Cirne Lima*:

> **A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição**.
>
> No caso em exame, o sistema constitucional brasileiro de 1967, 1969 e 1988, como já vinha de antes, tem, expressamente, o serviço postal como de competência da União.
>
> **É, por decisão constitucional, um serviço que integra os "fins do Estado"**.
>
> É, por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público.
>
> E, como tal, não consiste, por força da opção constitucional, em "exploração de atividade econômica" do setor privado, pressuposto para a incidência da regra constitucional de equiparação.
>
> **É o caso da ECT**. [G.n.]

A matéria voltou a ser tratada nos autos do RE 407.099/RS, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-8-2004, oportunidade em que o STF, ao examinar a incidência da imunidade tributária (art. 150, VI, *a*, CF) em relação à ECT, expressamente afirmou tratar-se de empresa pública prestadora de serviço público:

> *Ementa: Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção.* I – As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. **A Empresa Brasileira de Correios e**

> **Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, *a*. II – Recurso extraordinário conhecido em parte e, nessa parte, provido. [RE 407.099, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 6-8-2004 – G.n.]

Recentemente, o STF manifestou-se novamente sobre a matéria nos autos da ACO 765-1, ajuizada pela ECT contra a cobrança do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), **enquanto no desempenho de suas atividades típicas**. O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido, afastando a tese de que a ECT, no que diz respeito a sua atividade-fim (serviço postal) seria atividade econômica:

> Na linha da orientação firmada no julgamento da ACO 959/RN (*DJE* de 16-5-2008), no sentido de que a norma do art. 150, VI, *a*, da CF alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação cível originária proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (**ECT**) contra o Estado do Rio de Janeiro, para afastar a cobrança do **IPVA**, bem como as sanções decorrentes da inadimplência do tributo. **Vencidos os ministros Marco Aurélio, relator, e Ricardo Lewandowski, que julgavam o pleito improcedente, por reputarem inaplicável, à autora, a imunidade recíproca, haja vista ser ela empresa pública com natureza de direito privado que explora atividade econômica**. Vencido, parcialmente, o ministro Joaquim Barbosa, que julgava o pedido procedente em parte. Em seguida, o Tribunal, também por votação majoritária, resolveu questão de ordem, suscitada pelo ministro Menezes Direito, para autorizar os ministros a decidirem, monocrática e definitivamente, nos termos da decisão desta ação cível originária, recursos e outras causas que versem sobre o mesmo tema. Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio. ACO 765/RJ, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, 13-5-2009. (ACO-765). [*Informativo* 546/STF – G.n.]

Vê-se que esta Corte já se manifestou no sentido de que a ECT, no que se refere à atividade postal, presta serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito.

O critério para a definição do serviço postal como serviço público decorre de comando expresso da Constituição. Quero dizer: a Constituição Federal, ao dispor que compete à União "manter o serviço postal e o correio aéreo nacional" (art. 21, X) retirou da iniciativa privada determinada atividade por reconhecer nela relevância suficiente a atrair a noção de serviço público. Caso se optasse pelo tratamento da matéria como atividade econômica sob o pálio do monopólio estatal, o serviço postal estaria indicado no art. 177 da CF. Isso, porém, não ocorre.

O reconhecimento do **critério legislativo** – norma legal ou constitucional – para definir certa atividade como serviço público resulta do respeito à própria iniciativa privada, que, em regra, é livre para exercer suas atividades. Assim, somente o legislador poderá excepcionar tal regra. A conclusão, evidentemente, não retira a possibilidade de se examinar a razoabilidade de determinada lei que retire da iniciativa privada certa atividade para designá-la como serviço público.

Na espécie, porém, não se trata disso, **uma vez que é a Constituição que destaca o serviço postal para lhe dar tratamento diferenciado em relação à iniciativa privada ou em relação à atividade econômica em sentido estrito**.

Quanto ao critério legislativo para configuração de certa atividade como serviço público, há menção às lições de Ruy Cirne Lima, feita pelo ministro Nelson Jobim nos autos do RE 229.696-7/PE, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-12-2002, já transcrito:

> A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição.

Há, também, manifestação do ministro Eros Grau, nos autos da ADI 2.847-2/DF, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-11-2004, reportando-se às lições de Luis Roberto Barroso. Nesse julgado, examinaram-se leis do Distrito Federal que tratavam da exploração de loterias. Afirmou o ministro Eros Grau:

> Não há dúvida de que a exploração de loterias é **serviço público**. Afirmando-o, é Luis Roberto Barroso quem diz – *Revista de direito administrativo*. v. 220 – que "**são serviços públicos as atividades que *a lei definir como tal*, submetendo-as a uma disciplina específica.** [G.n.]

Acrescento a seguinte passagem do artigo referido pelo ministro Eros Grau:

> Uma questão, todavia, permanece em aberto: a quem incumbe a definição das atividades que devam ser consideradas mais relevantes e necessárias à coletividade (elemento material), assumidas direta ou indiretamente pelo Estado (elemento subjetivo) e sob regime jurídico total ou parcialmente público (elemento formal)? A resposta é singela e nela parece se resolver, atualmente, a problemática conceituação jurídica de serviços públicos: à lei.
>
> (...)
>
> **O elemento normativo torna-se, assim, imprescindível. São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica**. [BARROSO, Luis Roberto. *Loteria – Competência Estadual – Bingo*. RDA 220, p. 263 – G.n.]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora o entendimento:

> É o Estado, por meio de **lei**, que escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria; [DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed., São Paulo: Atlas, p. 101-102, 2009.]

Concluo, portanto, que o serviço postal previsto no inciso X do art. 21 da CF é serviço público. O entendimento funda-se sobretudo em interpretação sistemática do texto constitucional. Ora, caso assim não fosse, ou seja, caso se tratasse de mera atividade econômica, que poderia admitir a atuação estatal por razões de interesse público, não haveria necessidade do disposto no art. 21, X, da CF. Seria suficiente o comando do art. 173 da CF, que se refere às hipóteses de atuação estatal direta na atividade econômica por razões de segurança nacional ou interesse coletivo.

De todo modo, mesmo considerando que a atividade postal é serviço público, não há como negar o tratamento constitucional peculiar sobre esse serviço.

Diferentemente do que dispõem os incisos XI e XII do art. 21 da CF, **não há**, no inciso X, referência à exploração direta ou mediante concessão, permissão ou autorização da atividade:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
> XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
> XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

Entendo que a utilização do verbo "manter", ao invés de "explorar diretamente (...)", significa que a Constituição concedeu ao legislador ordinário alguma flexibilidade quanto à escolha adequada do modo pelo qual a administração assegurará a prestação do serviço postal a toda sociedade. **Não há como negar que o verbo manter, nesse contexto normativo, é mais abrangente do que "explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão".**

Dessa forma, o legislador ordinário poderá, por exemplo, determinar que o serviço postal seja prestado por exploração direta pela administração pública; pela exploração indireta, mediante autorização, concessão ou permissão; ou por outros meios, inclusive a execução pela iniciativa privada, nos termos da legislação, mantendo a União o papel de ente regulador.

Não sem razão, a Constituição, em outra oportunidade, faz expressa alusão ao serviço postal, agora para dar ênfase à competência legislativa sobre a matéria:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> V – **serviço postal**. [G.n.]

O tratamento constitucional é realmente **peculiar**, porquanto, ao limitar-se a utilizar o verbo **manter** em relação ao serviço postal, admite que essa específica atividade seja prestada por outros meios além da clássica concessão

ou permissão de serviço público, **desde que o legislador ordinário assim disponha**.

O fato de o art. 21, X, não ter feito referência às modalidades delegatórias de concessão, permissão ou autorização significa, enfim, que o legislador ordinário não estará limitado às hipóteses do art. 175 da CF ("Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos").

Importante destacar que a Lei 9.074/1995, que estabelece normas para outorga de concessões e permissões de serviços públicos, no art. 1º, VII, **dispõe que se sujeitam ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, os serviços postais** (inciso incluído pela Lei 9.648/1998).

O ministro Marco Aurélio nos deu notícia do projeto de Lei 1.491/1999, que dispunha sobre a delegação do serviço postal, cujas características aproximavam-se do modelo das telecomunicações (Lei 9.998/2000). Não é o momento para atestar a constitucionalidade deste ou daquele modelo, **porém pode-se afirmar, a partir da Constituição, que a delegação do serviço postal é admissível, desde que o legislador assim discipline.**

Observo, também, que o modelo de franquia postal é tratado na Lei 11.668, de 2-5-2008, bem como no Decreto 6.639, de 7-11-2008, os quais estabelecem as regras para a implantação e manutenção de franquia postal, dispondo, inclusive, acerca da obrigatoriedade de procedimento licitatório. Sobre o objeto da franquia, dispõem os §§ 1º e 2º do art. 2º do referido decreto:

> Art. 2º A implantação e a manutenção da atividade de franquia postal será realizada, exclusivamente, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, sob a supervisão do Ministério das Comunicações, na forma da Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, e deste Decreto, no desempenho de atividades auxiliares relativas ao serviço postal, consoante o disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 11.668, de 2 de maio de 2008.
>
> § 1º **As atividades auxiliares relativas ao serviço postal consistem na venda de produtos e serviços disponibilizados pela ECT, incluindo a produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas, que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais**.
>
> § 2º As atividades de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, inerentes à prestação dos serviços postais, não se confundem com as atividades auxiliares relativas ao serviço postal, não podendo ser objeto do contrato de franquia. [G.n.]

Evidentemente, a franquia postal não se confunde com a clássica concessão e permissão de serviço público, o que já revela que o legislador pode dispor sobre a execução do serviço postal para além das hipóteses do art. 175 da CF, desde que respeitados os princípios constitucionais, especialmente os da administração pública.

O que deve nortear o intérprete na aplicação do regime do serviço público é o respeito à universalidade e à prestação de serviço adequado ao cidadão.

Considerando a importância da atividade postal e a dimensão continental do território brasileiro, tais aspectos ganham ainda maior relevo.

Há relatos de que comunidades que integram Estados da Federação ainda não têm acesso fácil a agências da ECT.

Imaginemos as comunidades do arquipélago do Bailique, localizado no Amapá, no meio do Rio Amazonas, também conhecido como Rio-Mar. O simples deslocamento para a cidade de Macapá demanda uma viagem de barco de cerca de um dia e meio. É natural que a iniciativa privada não tenha interesse nesse mercado. **Não por outra razão a Constituição destacou o serviço postal, cabendo à União *mantê-lo*.**

A universalidade e a eficiência do serviço postal constituem o núcleo a ser preservado pelo legislador. Não se pode olvidar, nesse ponto, que **o serviço postal foi contemplado pela ordem constitucional de 1988 como *garantia institucional*.**

O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa (cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*. Cit., p. 617-623).

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo (Cf. PIEROTH/SCHLINK. *Grundrechte*: Staatsrecht II, Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 53).

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput* e § 1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Cit., p. 182).

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos "conformadores" e concretizadores de alguns direitos (Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einfuhrung in das Staatsrecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1999, p. 327).

Em estudo doutrinário, tive a oportunidade de salientar que as garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais. Esclarece Paulo Bonavides que a denominação "garantia institucional" deve-se a Carl Schmitt, que também "a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 495). Prossegue o constitucionalista, ensinando que "a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição (...), preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido" (BONAVIDES, Cruso. Cit., p. 497). Se essas garantias se ordenam a resguardar certos institutos jurídicos, não chegam a esmiuçar todos os elementos deles – **tarefa a cargo do legislador, a quem se haverá de reconhecer liberdade de conformação.**

As garantias institucionais resultam da percepção de que **determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador**. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas, de ordem pública e privada. A garantia da família (art. 226) e a da autonomia da universidade (art. 207) exemplificam essa categoria de normas entre nós.

Quando a Constituição dispõe, em seu art. 21, X, que cabe à União **manter** o serviço postal, e, em seu art. 22, V, prescreve que compete à União **legislar** sobre o tema, ela impõe o dever constitucional (*Verfassungsauftrag*) de **proteger o núcleo essencial dessa atividade, num contexto de complexa mutação das circunstâncias fáticas**.

Cabe à União, portanto, tendo em vista o contexto econômico, social e tecnológico, avaliar o modelo de prestação do serviço postal em determinado cenário, com vista a preservar a universalidade e eficiência desse serviço público.

A pretensão da arguente de restringir o significado da palavra "carta" merece atenção, na medida em que a Lei 6.538/1978, ao tratar das espécies de serviço postal que serão consideradas como "monopólio", **apenas indicou** a carta, o cartão-postal e a correspondência agrupada, além da fabricação de selos e outras formas de franqueamento postal. É o que dispõe o art. 9º da lei:

> Art. 9º São exploradas pela União, **em regime de monopólio**, as seguintes atividades postais:
>
> I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de **carta e cartão-postal**;
>
> II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de **correspondência agrupada**:
>
> III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Independentemente da leitura que se fizer do termo "monopólio", fica claro o significado de exclusividade na prestação da atividade, ou seja, somente a União poderá receber, transportar e entregar cartas, cartões-postais e correspondência agrupada. Tais conceitos foram tratados pela lei:

> Art. 47. Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:
>
> **Carta** – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.
>
> **Cartão-postal** – objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.
>
> **Correspondência** – toda comunicação de pessoa a pessoa, **por meio de carta**, através da via postal, ou por telegrama.
>
> **Correspondência agrupada** – reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

A despeito da abrangência do conceito, é possível diferençar "carta", "cartão-postal" e "correspondência agrupada" dos conceitos de "encomenda" e "impresso", na medida em que a lei, no citado art. 9º, não os indicou entre as atividades sob monopólio da União.

Isto é, nem todos os serviços postais estão submetidos ao "monopólio" ou prestação exclusiva da União. Logo, os serviços postais abrangidos pelo "monopólio" devem ser interpretados restritivamente.

Eis os conceitos da lei a propósito das atividades não submetidas ao regime de monopólio:

> Art. 47. Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:
>
> (...)
>
> **Encomenda** – objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.
>
> **Impresso** – reprodução obtida sobre material de uso corrente na imprensa, editado em vários exemplares idênticos.

Parece mais apropriado incluir jornais, periódicos e boletos no conceito de encomenda ou impresso e não no de carta. Nesse sentido, tais atividades não estão abrangidas pelo regime de exclusividade previsto no art. 9º da Lei 6.538/1978.

Não podemos negar que o avanço tecnológico influi no exame da matéria. Atualmente, por exemplo, o envio de boletos bancários é feito mediante mensagem eletrônica via internet, prescindindo do transporte ou distribuição nos moldes tradicionais.

O Tribunal não pode ignorar a realidade, sob pena de suas decisões ficarem despidas de qualquer eficácia. É o que ocorrerá se entendermos que quaisquer das atividades postais devem ser prestadas exclusivamente pela União.

Necessário que o legislador esteja atento para a implementação de modelos de prestação da atividade postal condizentes com a realidade social e tecnológica vigente, sem prejuízo do dever estatal de manter o serviço público postal (art. 21, X, da CF), como, aliás, destaquei no início de meu voto.

Dessa forma, reconheço que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência-agrupada e fabricação de selos, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (*v.g.* boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de "encomenda" ou "impresso" e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva ("monopólio") pela União.

Essa parece ser a interpretação possível ante o inegável **processo de inconstitucionalização**, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas, do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de **quaisquer das atividades postais indicadas na Lei 6.538/1978**.

Nesse ponto, não podemos deixar de levar em conta que, no caso em análise, o reconhecimento do "monopólio" geral e irrestrito da União sobre a atividade postal pode se revestir de completa ineficácia no plano fático, em razão da própria realidade complexa que as novas tecnologias impõem no mundo hodierno.

Do art. 42 da Lei 6.538/1978

Quanto aos dispositivos da lei relativos a tipos penais, merece atenção o art. 42 da Lei 6.538/1978, que dispõe:

> *Violação do privilégio postal da União*
>
> Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, **sem observância das condições legais**, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.
>
> Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.
>
> *Forma assimilada*
>
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contrabando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas.

Em um primeiro momento, extrai-se do tipo penal em análise que o delito se caracterizará quando, ao coletar, transportar, transmitir ou distribuir objetos

de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, o agente não estiver no exercício regular de uma das ações que a própria lei autoriza.

A caracterização do delito se dá mediante a técnica da exclusão: se a conduta não estiver permitida, então é delituosa.

É que apenas a combinação desses dispositivos permite saber se houve conduta delituosa. Em outras palavras, para se ter como certa a caracterização do delito, necessário primeiro saber se a conduta do agente não estava autorizada por alguma das hipóteses legais.

Semelhante técnica legislativa é adotada em outras normas incriminadoras, como, por exemplo, na descrição do tipo penal do art. 178 do CP, que incrimina o fato de "emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal". O conteúdo incriminador não se apresenta preciso, por exigir a identificação daquilo que está em desacordo com a lei que regula os institutos do conhecimento de depósito e do *warrant*.

Não bastasse essa especial circunstância do tipo penal, por si só reveladora da sua falta de precisão, para saber se a conduta está autorizada, será também necessária uma interpretação quanto aos limites das hipóteses permissivas, antes de seu cotejo com as ações que motivaram a denúncia.

O elemento normativo, aqui representado pela expressão "(...) **sem observância das condições legais** (...)", causa, em princípio, considerável indeterminação no conteúdo do tipo penal, enfraquecendo sua função de garantia (taxatividade), pois a própria existência do fato punível reclama exegese quanto aos lindes das hipóteses permissivas.

O Princípio da Legalidade, disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e presente no art. 1º do Código Penal, para além de fixar a necessidade de existência de uma lei escrita anterior à ocorrência da conduta, apresenta desdobramentos, entre os quais se destaca a taxatividade, pela qual se reputa inconstitucional toda e qualquer lei penal que, de forma vaga, imprecisa, afaste do destinatário o entendimento de seu alcance.

Desse entendimento não discrepa a doutrina. Em tal sentido, observe-se a lição de Heleno Cláudio Fragoso que, ao tratar das variadas funções do chamado "Princípio da Reserva Legal", ensina:

> Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da ilicitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.
>
> É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre Soler, "a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitória de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se reconheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida".
>
> A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja

lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. [In *Lições de direito penal*. Forense, 5. ed. Parte Geral, p. 97].

O fim social ao qual se destina o "Princípio da Legalidade", caracterizado como mais uma forma de garantia aos direitos individuais, efetivamente, jamais será atingido se a lei penal não externar, de forma clara e taxativa, quais as condutas que, caso praticadas, levam ao ilícito penal.

Todavia, no caso, cabe interpretação conforme, porquanto é possível restringir a aplicação do art. 42 da Lei 6.538/1978 às hipóteses dispostas no art. 9º da lei, na medida em que, nos termos em que destaquei inicialmente, o "monopólio" ou regime de exclusividade é limitado a específicas atividades postais.

Conclusão

Ante o exposto, reajusto meu voto para:

a) julgar parcialmente procedente a arguição, fixando a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (*v.g.* boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos;

b) dar interpretação conforme ao art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, considerando que o voto do ministro Carlos Britto mais se aproxima do entendimento da divergência inaugurada pelo ministro Eros Grau, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os ministros Gilmar Mendes (presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às

atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o ministro Menezes Direito.

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

Brasília, 5 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO PENAL 396 — RO

Relatora: A sra. ministra Cármen Lúcia

Revisor: O sr. ministro Dias Toffoli

Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia — Réu: Natan Donadon

Questão de ordem na ação penal. Deputado federal. Renúncia ao mandato. Abuso de direito: reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento da presente ação penal. Denúncia. Crimes de peculato e de quadrilha. Alegações de nulidade da ação penal, de investigação promovida por órgão do Ministério Público de primeiro grau, de ofensa ao princípio do promotor natural, de crime político, de inépcia da denúncia, de conexão e de continência: vícios não caracterizados. Preliminares rejeitadas. Precedentes. Configuração dos crimes de peculato e de quadrilha. Ação penal julgada procedente.

1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas.

2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes.

4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra deputado estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro.

5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político.

6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo

Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo.

8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação.

9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento.

10. Preliminares rejeitadas.

11. Ação penal julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em reconhecer a subsistência da competência do Supremo para a causa. Vencido o ministro Marco Aurélio. Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, o Tribunal rejeitou todas as preliminares alegadas pelo réu. E, no mérito, por maioria de votos, julgou procedente a ação e reconheceu a prática dos delitos previstos nos arts. 288 e 312 do Código Penal. Vencido o ministro Cezar Peluso, que absolvia o réu pelo crime do art. 288. O Tribunal condenou o réu às penas de 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, pelo crime de peculato, e de 2 anos e 3 meses de reclusão pelo crime de quadrilha, num total de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, em regime inicial fechado. Vencidos, quanto à fixação da pena pelo crime de peculato, a relatora e os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que aplicavam a pena de 13 anos e 9 meses de reclusão e 230 dias-multa, e o presidente, que aplicava a pena de 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, sem prejuízo das demais cominações constantes do voto da relatora. Não votou no mérito e na dosimetria da pena o ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o ministro Celso de Mello. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, pelo indiciado, o dr. Bruno Rodrigues.

Brasília, 28 de outubro de 2010 — Cármen Lúcia, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Cármen Lúcia: 1. Em 24-6-1999, o procurador-geral de Justiça do Estado de Rondônia ofereceu denúncia contra sete pessoas, entre elas *Natan Donadon*, réu devidamente qualificado nestes autos, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 288 e 312, c/c os arts. 29 e 69, todos do Código Penal (formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas), atribuindo-lhes, em síntese, a prática de condutas narradas na inicial acusatória, nos termos seguintes:

> Considerando as várias notícias e representações questionando a licitude de um contrato de publicidade entre a Assembleia Legislativa do Estado e a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., o Ministério Público instaurou o procedimento investigatório anexo para averiguar os fatos (cfr. Vol. I).
>
> Veio à baila, então, a existência de um bando formado por todos os denunciados e outras pessoas ainda não bem identificadas, que se associaram com o propósito de se locupletar criminosamente de recursos financeiros da Assembleia. A quadrilha era capitaneada pelo então Presidente desse Poder, Deputado Marcos Antônio Donadon, e por Mário Calixto Filho, empresário de comunicação neste Estado, já notabilizado por suas incursões contra o erário e que, por isso, responde a três ações penais por peculato (fls.).
>
> À época dos desvios – ocorridos no período de 31-7-1995 a 19-1-1998 – o denunciado Marcos Antônio Donadon era o Presidente da Assembleia Legislativa, cargo que lhe dava o comando administrativo dessa Casa e a posse sobre seus valores, circunstâncias de que se valeu para os desvios de dinheiro desse Poder em benefício dos integrantes do bando e de terceiros, para cujo desiderato contou, ainda, com o auxílio de outros servidores subalternos – como seu irmão Natan Donadon e Gernir José Werlang –, cooptados para a quadrilha.
>
> E para dar ares de legalidade aos criminosos desvios – reiteradamente praticados ao longo de dois anos e meio – os denunciados forjaram um contrato de publicidade entre a citada empresa MPJ e a Assembleia.
>
> (...)
>
> O fato é que, perseguindo o propósito dos denunciados, no período de 31 de julho a 19 de janeiro de 1998 – e durante religiosamente todos os meses – a Assembleia Legislativa, por conta desse contrato fraudado, emitiu, em favor da MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., cento e quarenta cheques a pretexto de lhe pagar por serviços publicitários, cuja soma chega ao astronômico valor de R$ 8.400.000,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais).
>
> Serviços, é bom ressaltar, jamais prestados pela MPJ.
>
> Esse o valor dos vários desvios praticados reiteradamente pelos denunciados nesses dois anos e meio!
>
> Esses cheques da Assembleia, nominais à MPJ, estão, todos, indicados na relação encaminhada por esse Poder (v. fls. 227/235-I vol.): são noventa da conta da Assembleia no extinto Banco do Estado de Rondônia S.A. – BERON; quarenta da conta junto ao Banco Sudameris local, e dez da conta do Banco Real desta cidade.
>
> Formam o volume IV que acompanha esta denúncia, as cópias de trinta e nove desses cheques referentes à conta da Assembleia no Banco Sudameris, subscritos, sempre em dupla, pelos denunciados Marcos Antônio Donadon, Natan

Donadon e Gernir José Werlang, e um quarto servidor da Assembleia (Elias Alves de Almeida Sobrinho), que se revezavam entre si na tarefa de emiti-los.

Omar – como admitiu (fls. 88-I vol.) –, investiu-se como procurador da MPJ por indicação de seu patrão Mário Calixto, com a finalidade de receber os cheques emitidos pela Assembleia em favor dessa empresa, e repassar seus valores a jornais e veículos de comunicação indicados pelo denunciado Natan Donadon, que era quem lhe fazia, pela Assembleia, a entrega desses cheques.

(...)

Num resumo, ao montarem e participarem desse esquema ilícito para desvio de dinheiro da Assembleia, todos os denunciados incorreram no crime do art. 312 do Código Penal: Marcos Antônio, Gernir e Natan, aproveitando-se de seus cargos, assinavam os cheques desviados, além de Natan fazer a entrega de parte deles a Omar; Mário Calixto Filho, com sua relevante participação de mentor (ao lado de Marcos Antônio), envolveu-se diretamente atuando na montagem fraudulenta do referido procedimento de pré-qualificação, através de suas empresas MPJ e Nortebrás, além de ter-se beneficiado diretamente, recebendo cheques de altos valores desviados em seu nome e no de suas empresas; Omar, Euclides e Fioravanti também tiveram participação relevante ao atuarem como líderes de Marcos Antônio e Mário no esquema: o primeiro atuando como procurador da MPJ, recebendo de Natan os cheques desviados e repassando os valores a terceiros, inclusive para si; o segundo, como sócio fantoche da MPJ, recebendo também a maioria dos cheques desviados e repassando seus valores a membros do bando e à mídia; o terceiro, emprestando seu nome para manter uma empresa (MPJ) criada exclusivamente para fim ilícito – os desvios de valores da Assembleia. [Fls. 5-27.]

Com a denúncia foi apresentado rol com quatro testemunhas e juntaram-se os documentos de fls. 29-1721.

2. Em 13-9-1999, a desembargadora Zelite Andrade Carneiro, do Tribunal de Justiça de Rondônia, observando os preceitos legais então em vigor, determinou fosse oficiada a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia para conceder a prévia licença para processar o denunciado Marcos Donadon, deputado estadual (fl. 1724).

3. Em 26-10-2000, em razão da ausência de deliberação da Assembleia Legislativa sobre o pedido de licença, foi determinado o desmembramento dos autos, baixando-se o principal ao juízo competente e ficando o suplementar, relativo apenas ao denunciado Marcos Antônio Donadon, sobrestado no Tribunal de Justiça de Rondônia (fls. 1736-1737).

4. O Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO, em 22-2-2001, determinou a notificação dos denunciados para apresentarem defesa preliminar, nos termos do art. 513 do Código de Processo Penal.

O denunciado Natan Donadon apresentou sua defesa às fls. 1805-1809 e alegou, preliminarmente, a incompetência do juízo de primeiro grau para processar e julgar o feito. No mérito, sustentou que a pretensão ministerial careceria de justa causa, por estar desacompanhada das provas necessárias.

O Ministério Público de Rondônia manifestou-se sobre as defesas preliminares apresentadas e requereu a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de Rondônia (fls. 1816-1818).

Em 27-6-2002, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO proferiu o seguinte despacho:

> Acolho o arguição de incompetência deste juízo suscitada pela defesa do réu Natan Donadon e secundada pelo Ministério Público, reconhecendo o desaparecimento do motivo legal determinante do desmembramento dos processos com o advento da E.C. 35 restabelecendo a necessidade da unidade processual em relação a todos os réus.
>
> De consequência, determino seja promovida a baixa na Distribuição e as anotações cartorais pertinentes e a remessa dos autos a E. Superior Instância. [Fl. 1819.]

5. Em 4-11-2002, a denúncia foi recebida pelos desembargadores do Tribunal de Justiça de Rondônia, nos termos seguintes:

> Denúncia. Indícios. Condição de procedibilidade. Deputado Estadual. Constituição Federal. Emenda n. 35. Constituição do Estado.
>
> Restringida a imunidade parlamentar no texto da Constituição Federal pela Emenda n. 35, o recebimento da denúncia por crime comum contra deputado estadual independe de autorização da Assembleia, por isso irrelevante a previsão em contrário na Constituição do Estado, ante a supremacia da Carta da República.
>
> Formulada em termos regulares com os requisitos indispensáveis, demonstrados os indícios evidentes de crime, em tese, impõe-se o recebimento da denúncia.
>
> As condições de procedibilidade na ação penal são apenas pressupostos do exercício regular da pretensão, por isso de natureza exclusivamente processual, não está afeta à questão da irretroatividade, própria das condições de punibilidade. [Fl. 1928.]

6. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, na sessão plenária de 12-6-2003, deliberou pela sustação do andamento da ação penal movida contra o réu Marcos Antônio Donadon (fl. 1875). Por consequência, os autos foram novamente desmembrados e encaminhados ao juízo de primeira instância para processamento quanto aos demais réus, como exceção de Marcos Antônio Donadon (fl. 1877).

7. Designada audiência de interrogatório, o acusado Natan Donadon não compareceu, apesar de devidamente citado, motivo pelo qual foi decretada sua prisão preventiva (fl. 1884).

Às fls. 1885-1888 foi informado que o acusado Natan Donadon havia tomado posse como deputado federal. Em 28-2-2005, foi revogada a prisão preventiva do réu e determinado o desmembramento dos autos com sua remessa a este Supremo Tribunal (fl. 1889).

8. Em 8-6-2005, a ministra Ellen Gracie, então relatora, despachou:

> Defiro o pedido constante do item 21. Requisite-se ao Tribunal de Justiça de Rondônia cópia do acórdão que recebeu a denúncia contra o ora deputado

> federal Natan Donadon. Fica mantido o desmembramento dos autos, determinado em primeiro grau de jurisdição, de sorte que, perante esta Corte Suprema, será processado e julgado apenas o parlamentar federal. Os atos judiciais praticados anteriormente à diplomação e à posse do parlamentar federal são válidos, diante do princípio *tempus regit actum* (Inq 571, Sepúlveda Pertence; Inq 1.028, Moreira Alves). Cumprida a requisição, providenciarei a respeito do interrogatório do denunciado, que detém a prerrogativa de foro. [Fl. 1922.]

9. O denunciado foi interrogado pelo desembargador federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 5-7-2006 (fls. 1975-1978).

10. Na defesa prévia apresentada às fls. 1989-2038, o réu alegou: a) a nulidade do processo, uma vez que o inquérito foi instaurado e conduzido pelo Ministério Público; b) contrariedade ao princípio do promotor natural pela impossibilidade de ser a investigação conduzida por órgão do Ministério Público de primeiro grau, já que havia deputado estadual envolvido; c) a impossibilidade de utilização da prova emprestada de ação de improbidade administrativa; d) a inépcia da denúncia pela ausência de especificação da conduta do réu; e) inépcia da denúncia quanto ao crime de formação de quadrilha pela falta de descrição do fato típico; f) a existência de continência e conexão, o que exigiria a unidade de processo e julgamento; e g) no mérito, a necessidade de absolvição do acusado. Foi apresentado pela defesa rol com oito testemunhas para serem ouvidas.

11. No curso da instrução, em 5-9-2006, foram colhidos os depoimentos de três testemunhas arroladas pela acusação (Kátia Maria Tavares das Neves, Sandra Galdino Leite de Souza e Carlos Alberto Vanzella – fls. 2069-2078).

O procurador-geral da República, em 21-6-2007, desistiu da oitiva da testemunha Wadymiron Ribeiro Gomes (fl. 2126).

Todas as testemunhas arroladas pela defesa foram ouvidas: Elvando Lacerda dos Santos (fl. 2444), Sandro Silva Pinto (fl. 2502), Gilson César Stefanes (fl. 2503), Júlio César Silva (fl. 2504), Jorge Alberto Muraro Tonel (fl. 2505), José Natal Pimenta Jacob (fl. 2506), Vivaldo Carneiro Gomes (fl. 2507) e Márcio Antônio Donadon Batista (fl. 2517).

12. Na fase do art. 10 da Lei 8.038/1990, o Ministério Público Federal requereu as seguintes diligências:

> a) Requisição, à 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho/RO, de cópia integral da Ação Civil Pública n. 001.2001.008200-9;
>
> b) Requisição, ao Tribunal de Justiça de Rondônia, de cópia dos interrogatórios e defesas prévias dos réus, dos termos de depoimento das testemunhas e dos demais atos instrutórios praticados na Ação Penal n. 200000.1999.001452-5 após o seu desmembramento em março de 2005. [Fl. 2526.]

Embora devidamente intimada, a defesa nada requereu (fl. 2527).

Em 30-4-2008, deferi as diligências requeridas pelo Ministério Público (fls. 2528-2529), e os documentos foram juntados às fls. 2538-3262 e 3272-3966.

13. Em 22-7-2008, determinei a intimação da acusação e da defesa para, sucessivamente, apresentarem alegações finais no prazo legal (art. 11 da Lei 8.038/1990 e art. 241 do RISTF – fls. 3968-3969).

14. Em suas alegações finais, o procurador-geral da República refutou as preliminares suscitas pela defesa e reafirmou o pedido condenatório, acentuando que:

> 34. O crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, do Código Penal, requer para a sua configuração a presença dos seguintes elementos: I) associação estável ou permanente; II) composta por mais de três pessoas; III) finalidade de praticar crimes.
>
> 35. No presente caso, *Natan Donadon* e os demais denunciados associaram-se de forma permanente, com o propósito de desviar recursos da Assembleia Legislativa de Rondônia, através da simulação de um contrato de publicidade que deveria ser executado pela empresa MPJ – *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda.*
>
> 36. Também faziam parte da quadrilha *Luiz Carlos Fioravanti* e *Euclides Fieri de Oliveira Júnior*, que atuaram como "laranjas" na composição da MPJ – *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*, em proveito de *Mário Calixto Filho*, conforme se verifica no contrato social de fls. 132/136 e 138/142.
>
> 37. Frise-se que é admissível a caracterização do delito de quadrilha na hipótese da associação para a prática de crime em continuidade delitiva, como no caso ora analisado, em que os recursos foram desviados continuamente, por um período de mais de dois anos.
>
> 38. O delito de peculato que, em verdade, foi praticado em continuidade delitiva, encontra-se comprovado pelas provas documentais e testemunhais produzidas. As testemunhas deixaram claro que, de fato, a referida empresa não prestou qualquer serviço ao Poder Legislativo, embora tenha recebido vários pagamentos por isso, além de terem esclarecido que um dos denunciados, *Gernir José Werlang*, por determinação do Deputado Estadual *Marcos Donadon*, deu sumiço nos documentos referentes ao contrato em questão.
>
> (...)
>
> 42. Desse modo, apesar de não ter sido prestado qualquer serviço à Assembleia Legislativa de Rondônia, inexistindo, por conseguinte, as correspondentes notas fiscais que atestariam o direito ao pagamento, *Natan Donadon,* na função de Diretor Financeiro, agindo como executor do delito articulado pelo seu irmão, então Presidente da Assembleia Legislativa, *Marcos Donadon*, assinou os cheques e liberou os recursos em favor da MPJ *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*, conforme atestam os documentos da Assembleia Legislativa de fls. 419; 423; 425; 427/428; 430; 432; 434; 437/439; 441/444; 446; 448/449; 451; 453/454; 475; 3905.
>
> (...)
>
> 45. Dessa forma, encontra-se comprovada a materialidade dos delitos de peculato e de formação de quadrilha, assim como a autoria do Deputado Federal *Natan Donadon*.
>
> 46. Ante o exposto, requer o Ministério Público Federal a condenação de *Natan Donadon* às penas previstas nos arts. 288 e 312, do Código Penal. [Fls. 3980-3984.]

15. Às fls. 3988-3989, a defesa requereu a "devolução do prazo, ou pelo menos parte do prazo, para a apresentação de alegações finais, tendo em vista

que a serventia do Tribunal não permitiu ao advogado fazer carga dos autos, não obstante tratar-se de processo contra apenas um réu".

Em 12-9-2008, decidi que:

> a abertura de vista dos autos para a apresentação de alegações finais obedece à regra geral, em que as vistas devem ocorrer na Secretaria do Tribunal.
>
> A retirada dos autos de processo criminal da Secretaria pressupõe a prévia autorização do relator, que, apreciando o pedido formulado, pode indeferi-lo, se verificar, por exemplo, alguma das hipóteses contidas nos art. 7º, § 1º, n. 1 e 2.
>
> 9. No caso, em 25-8-2008 – no curso do prazo das alegações finais da defesa –, foi protocolada a petição avulsa/STF 117.104/2008, cujo teor é o seguinte:
>
> > *Natan Donadon*, já devidamente qualificado nos autos do processo acima referenciado, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seu advogado, requerer autorização para obtenção de carga dos autos, tendo em vista sua devolução pelo Ministério Público Federal, ocorrida em 18-8-2008, com alegações finais, de modo a que a defesa possa ser exercida com a amplitude recomendada pela regra do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
>
> 10. Como não estava em Brasília na ocasião, não foi possível apreciar o pedido antes de findo o prazo das alegações finais.
>
> Diante dessa circunstância peculiar, entretanto, o que cabe é apreciar o pedido formulado na petição avulsa/STF 117.104/2008, deferindo-se, conforme o caso, o pedido de concessão do prazo adicional de cinco dias.
>
> 11. A análise dos documentos constantes dos autos, entretanto, conduz à conclusão de que o caso enquadra-se na vedação contida no art. 7º, § 1º, n. 2, da Lei 8.906/1994.
>
> A circunstância de se tratar de processo criminal com vários volumes, antes de esvaecer, reforça a conclusão de que os autos não devem ser retirados da Secretaria, pois, nessa situação, fica ainda mais difícil o controle da incolumidade dos documentos.
>
> O próprio requerente reconhece que possui a cópia de parte dos autos, nada impedindo que, às suas expensas, providencie, na Secretaria do Tribunal, a retirada de cópia dos demais documentos que entender pertinentes.
>
> 12. Entretanto, como não foi possível a análise oportuna do pedido de retirada dos autos, parece-me razoável, até para evitar eventuais questionamentos que somente tumultuariam a tramitação do feito, que se atenda, em parte, o pedido formulado na preliminar, concedendo-se o prazo adicional de cinco dias para complementação ou oferecimento de alegações finais substitutivas, facultando-se à defesa a obtenção de cópias, na Secretaria, de todos os documentos que entender pertinentes.
>
> 13. Pelo exposto, tendo em vista que o pedido de retirada dos autos da Secretaria não havia sido apreciado anteriormente, e para evitar qualquer questionamento quanto ao efetivo exercício da ampla defesa, acolho, em parte, a preliminar suscitada nas alegações finais, mas apenas para conceder o prazo adicional de cinco dias – a contar da publicação da presente decisão – para a complementação ou oferecimento de alegações substitutivas, facultando-se à defesa, às suas expensas, a obtenção de cópias, na Secretaria, de todos os documentos que eventualmente entender pertinentes. [Fls. 4046-4047.]

16. Em suas alegações finais, a defesa sustenta como preliminares: a) a nulidade do processo, uma vez que o inquérito foi instaurado e conduzido pelo Ministério Público; b) ofensa ao princípio do promotor natural pela impossibilidade de ser a investigação conduzida por órgão do Ministério Público de primeiro grau, já que havia deputado estadual envolvido; c) a impossibilidade de utilização da prova emprestada de ação de improbidade administrativa; d) a inépcia da denúncia pela ausência de especificação da conduta do réu; e) inépcia da denúncia quanto ao crime de formação de quadrilha pela falta de descrição do fato típico; e f) a existência de continência e conexão, o que exigiria a unidade de processo e julgamento.

No mérito, afirma ser improcedente a pretensão formulada na denúncia, ao argumento, em suma, de que: a) os depoimentos prestados em juízo nada informam que pudesse comprometer o réu; b) "os depoimentos das testemunhas devem ser avaliados com reservas, pois, tratavam-se todos de funcionários do departamento financeiro, de algum modo implicados nos fatos" (fl. 4108); c) as provas obtidas na fase de inquérito não podem servir como único elemento para condenação; d) o réu não teve qualquer participação na elaboração do processo de licitação; e) "limitou-se o deferente a cumprir sua obrigação legal enquanto diretor financeiro, efetuando os pagamentos decorrentes de procedimento licitatório prévio, aparentemente regular, composto inclusive de parecer da Procuradoria da Assembleia, não havendo qualquer motivo para desconfiar de alguma irregularidade" (fl. 4118); e f) "se entendido que não há certeza da inocência do defendente, impõe-se pelo menos o reconhecimento da dúvida da autoria, o que conduz à absolvição" (fl. 4119).

17. Devidamente instruído o processo, cumpridas as fases legais de defesa e alegações do Ministério Público denunciante, a ação foi incluída em pauta em 20-10-2010.

18. O advogado *Bruno Rodrigues* e o réu *Natan Donadon* protocolaram as petições 61.557/2010 e 61.573/2010, em 27-10-2010, às 17h42min e 18h19min, respectivamente, na qual informam que o réu Natan Donadon "apresentou na data de hoje (27-10-2010), perante a Câmara dos Deputados, manifestação formal de renúncia ao mandato".

19. Nas petições, alega-se que:

> A renúncia em questão será publicada na data de amanhã (28-10-2010) no *Diário da Câmara dos Deputados*, o que será comprovado perante Vossa Excelência antes de iniciado o julgamento.
>
> Desde já o requerente registra que a difícil decisão de renunciar, embora ocorrida depois de pautado o presente feito, não teve a finalidade de abuso de direito (...).
>
> No caso concreto do requerente, a prerrogativa de fora não se justifica, mas, ao inverso, significa supressão ao seu direito de ampla defesa e esgotamento dos recursos cabíveis para os cidadãos comuns.

Não é razoável que o requerente seja julgado em Instância única, pelo Supremo Tribunal Federal, quando se sabe que dificilmente ocupará novo mandato e que em menos de três meses voltará à condição de cidadão comum.

Portanto, na hipótese em apreço, a prerrogativa deixou de ser privilégio, configurando para o requerente supressão de todas as instâncias, com prejuízo ao direito de ampla defesa.

20. Trago, em questão de ordem, a matéria relativa à persistência da competência deste Supremo Tribunal para prosseguir no julgamento da presente ação penal, cujo prazo prescricional terá o seu termo no próximo dia 4 de novembro, como de conhecimento pleno do réu, realçando que houve, efetivamente, a publicação da renúncia no *Diário da Câmara dos Deputados* desta data (28-10-2010), o que torna irretratável aquele ato.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora):

Questão de Ordem

1. A presente questão de ordem trata da subsistência, ou não, da competência constitucional deste Supremo Tribunal para apreciar e julgar réu, no dia seguinte ao encaminhamento de seu ato de renúncia à Presidência da Câmara dos Deputados. Mais especificamente, há de se decidir, inicialmente, se a renúncia do réu a mandato parlamentar, apresentada na véspera do julgamento da presente ação penal, cassa a competência deste Supremo Tribunal para prosseguir no processamento penal em curso e no momento da sessão de final de julgamento.

2. Em caso análogo ao presente, também apreciado por este Supremo Tribunal, votei vencida, no sentido de que a competência constitucional desta Casa não pode ser alterada ao nuto do réu. Entretanto, naquele julgamento prevaleceu a inteligência de que não seria possível o julgamento do parlamentar que não mais detivesse a titularidade de mandato na data designada para o julgamento em Plenário.

Esta a decisão proferida no julgamento da AP 333-QO, ocorrido em 5 de dezembro de 2007, rel. min. Joaquim Barbosa, *verbis*:

Ementa: Ação penal. Questões de ordem. Crime doloso contra a vida imputado a parlamentar federal. Competência do Supremo Tribunal Federal versus competência do Tribunal do Júri. Norma constitucional especial. Prevalência. Renúncia ao mandato. Abuso de direito. Não reconhecimento. Extinção da competência do STF para julgamento. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau.

1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida.

2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, *b*, da Lei Maior,

definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte.

3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato.

4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente. [*DJ* de 11-4-2008.]

3. Realço, todavia, que tanto os argumentos jurídicos trazidos pelo réu, para fundamentar a declinação da competência deste Supremo Tribunal, quanto os respeitáveis votos proferidos nesse sentido, não alteram a competência-dever desta relatoria de analisar e decidir livremente e segundo o seu convencimento, inerente à função de julgar, pois é no exame aprofundado do caso concreto que se afirma a aplicação da lei. Não se está, aqui, a ignorar os julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, mas a aplicar as regras pertinentes à espécie apreciada.

4. Inicialmente, há que se dizer uma palavra sobre a renúncia ao cargo de deputado federal, e seus efeitos sobre o julgamento da ação penal em pauta.

Renúncia, afirmei em outra ocasião, é ato jurídico unilateral pelo qual o agente político abandona, por decisão expressa, o cargo para o qual foi eleito. Recusa ele, assim, a continuidade de sua condição de titular do cargo no qual foi empossado por mandato popular. Pelo ato de renúncia, abdica-se do cargo que ocupa. Anotei, ainda, que "diversamente do que ocorre na renúncia em matéria de direito privado, no direito constitucional (...) ela equivale ao abandono do cargo (...) por manifestação expressa de sua deliberação no sentido de se negar a titularizá-lo. (...) Esse voluntarismo, que no direito privado conduz à finalidade de desobrigar-se das funções inerentes ao direito renunciado, no direito público, e, principalmente, na hipótese em foco, somente pode ter como finalidade a cessação do exercício do cargo e a desobrigação de se dar continuidade ao desempenho das funções a ele inerentes. Se a vontade tem predomínio ainda hoje no direito privado, a finalidade pública é que tinge a essência de todas as relações firmadas no direito público. (...) Seria inimaginável, juridicamente, que um ato unilateral de alguém pudesse sobrepujar os objetivos do processo. Não pode um ato pessoal de vontade ter o condão de extinguir um julgamento (...). Renúncia, no direito, é instituto específico, que se presta ao afastamento do renunciante do direito a que fez jus pelo ordenamento jurídico. Não exclui, portanto, deveres contraídos ou responsabilidades havidas no exercício do cargo, especialmente na situação analisada, em que a renúncia seria de um agente processado, mas ainda não julgado, pois que se daria durante o processo e com a finalidade de eximir-se da responsabilização. (...) Não se nega, nem se o poderia, que aquele que, por qualquer razão, não se sente em condições de continuar a exercer o cargo (...) pode renunciar a tal desempenho, sem que se lhe possam opor embargos de qualquer natureza. Entretanto, quando o ato de renúncia ocorre durante a fase de processo e julgamento do renunciante (...) há que se analisar: a) em que momento ocorre tal resignação para se conhecer de seus efeitos sobre o processo e julgamento, ou seja, de sua repercussão jurídica sobre o exercício da competência para

julgar; b) qual a finalidade e quais os efeitos jurídicos concretos, inclusive para o renunciante, do julgamento e de uma eventual condenação (...) Se a renúncia pudesse valer a extinção instantânea do processo e determinar o exaurimento do juízo do Senado e a supressão da competência, é certo que se estaria a adotar o princípio da pessoalidade e do voluntarismo a predominar sobre a finalidade pública que domina todas as condutas dos agentes públicos. Ao contrário disso, entretanto, a igualdade de tratamento e a secundariedade dos atos de vontade pessoal predominam no trato da coisa pública, nos comportamentos de governo, nos exercícios de competência, no desempenho de mandatos (Parecer. In: *A OAB e o impeachment*. p. 153 et seq.).

Na mesma direção, salientava o ministro Evandro Lins e Silva: "os crimes não se evaporam com a renúncia ou a extinção do mandato. Com a renúncia, o Senado não perdeu a competência para prosseguir no julgamento do acusado; ao contrário, teve-a prorrogada (...)" (Idem, ibidem).

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de penas.

No caso em pauta, o abandono do mandato pode se dar na espécie, afastando-se o réu do cargo que ocupava. Mas daí a ele poder subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude processual inaceitável e que frustra até mesmo regras constitucionais não apenas de competência (art. 55, VI, da Constituição), mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente.

Por isso, os efeitos da renúncia somente se entendem com o que seja legítimo no ordenamento, como forma de desincumbir-se o renunciante do encargo, mas não como mecanismo de se subtrair ele de débitos que tenha com a administração pública ou, principalmente, com a sociedade.

Daí por que, no MS 21.689, decidiu este Plenário do Supremo Tribunal, à unanimidade, que "VI – A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de *impeachment*. VII – Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37)".

Analogia feita ao que sedimentado na jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto a crimes de responsabilidade dos agentes políticos, não seria razoável se romper a igualdade de tratamento, permitindo que ação penal pudesse deixar de ser julgada pelo órgão competente, quando, às vésperas da sessão de sua apreciação, renunciasse ao cargo o mandatário nela feito réu.

5. De se enfatizar a data da renúncia apresentada pelo réu. Como assinalado, foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal por este Plenário do Supremo Tribunal.

Não é difícil afirmar os motivos e os fins a que se destinou aquele ato. E não se há desconhecê-los para reconhecer, de um lado, a legitimidade da renúncia, e, de outro, a ausência de efeitos válidos e legítimos para frustrar a ação jurisdicional do Estado e tornar este Supremo Tribunal e a própria sociedade reféns de voluntarismo do interessado em não se submeter a julgamento.

6. Tais elementos, motivos e fins, compõem os atos jurídicos, expondo-se eles à análise de sua validade constitucional. É a legitimidade dos motivos e dos fins que distinguem entre os atos legítimos e os ilegítimos, os aceitos no sistema jurídico ou não. Do que decorre que comportamentos formalmente iguais podem produzir efeitos distintos pela sua compatibilidade, ou não, com o ordenamento jurídico.

E é o exame dos motivos e dos fins que levam à conclusão quanto aos efeitos daquela renúncia do réu ao cargo de deputado federal, ocorrida na véspera da sessão de julgamento para o efeito de impedir o prosseguimento do julgamento da ação penal em pauta.

7. Na espécie em causa, motivos e fins variados poderiam conduzir à renúncia. Mas os que, no caso concreto, se tornam manifestos são os que dão conta da insubmissão ao julgamento do réu por este Supremo Tribunal Federal. A renúncia ocorreu no mesmo em que os juízes desta Casa reuniam-se para levar a efeito a sessão em que o julgamento, de que procura se subtrair o réu, se daria. E é o próprio réu que o confessa em sua petição.

O processo penal, agora em pauta, estendeu-se por muitos anos neste Supremo Tribunal. Em todo este período o réu titularizou cargo eletivo. Não se pronunciou sobre a possibilidade de esquivar-se de eleição ou de abandonar o Parlamento para se submeter ao julgamento pelo juízo de primeiro grau. Portanto, não se há considerar imprevisão a renúncia decidida e formalizada na data de ontem, à tarde, menos de 24 horas antes deste julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso, os fins da renúncia não se incluem entre aqueles que impedem o prosseguimento do julgamento por este Supremo Tribunal. O que seria ato legítimo pela decisão unilateral adotada torna-se não exercício de direito, pela ilegitimidade dos motivos e fins claros, mas abuso de direito, ao qual não dá guarida o sistema constitucional vigente. O direito, em sua realização normal e legítima, é uso, em sua realização anormal e ilegítima, abuso.

Em cuidado sobre o tema, preleciona José Olympio de Castro Filho: "(...) toda vez que, na ordem jurídica, o indivíduo no exercício de seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, toda vez que o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito" (*Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21). Citando a doutrina objetivista afirma aquele autor, "pode haver abuso do direito mesmo sem a intenção de prejudicar. O ato é lícito ou ilícito conforme se realiza ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico" (idem).

8. Dentre as formas de abuso de poder, aquele autor cita a fraude, que consiste em "atos reais, queridos e realizados efetivamente, mas combinados de tal maneira que, ainda sendo lícitos em si, permitem burlar a lei e fazê-la produzir efeitos contrários a seu espírito e a seu fim" (idem).

E acentua Josserand que, "na maioria dos casos, o autor do ato fraudulento não se propõe a causar prejuízo a outrem; seu objetivo essencialmente único é a salvaguarda de interesses pessoais; quer obter um benefício ilícito, escapar ao cumprimento de uma obrigação que normalmente lhe incumbe, por exemplo, enganando a administração, frustrando a vigilância do fisco" (*Los moviles em los actos jurídicos*. Apud CASTRO FILHO, José Olympio – op. cit., p. 93).

No mesmo sentido, Rippert, em sua obra sobre "a regra moral nas obrigações civis", pondera que: "há uma outra espécie de fraude a que se chama fraude à lei. (...) Não se trata, com efeito, necessariamente dum conflito de interesses privados mas, algumas vezes, duma tentativa feita de comum acordo com vários interessados para fugir à aplicação duma regra jurídica imperativa. Defraudar a lei é elidir a aplicação de lei normalmente aplicável, por essa lei vir embaraçar os interesses ou as vontades" (RIPPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 331).

9. Na espécie em pauta, o que se tem é prática que, conquanto formalizada como ato válido, abriga pretensões incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque excluem a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

É de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a lição segundo a qual "(...) o abuso de direito (...) compreende todas as hipóteses de exercício de direito em que seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a categoria jurídica de que participa, contrariando o interesse social que a norma jurídica teve em mira ao qualificar esses tipos de situações jurídicas, em que se verifica seu exercício de maneira anormal, além do razoável, segundo uma concepção objetiva de justiça, de proporcionalidade admissível entre o poder jurídico do titular do direito e do terceiro a ele vinculado" (*Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 496).

Não é diferente desta explanação o que se contém na espécie sob exame. O réu apresentou a sua renúncia exatamente na véspera do início da sessão de julgamento, após catorze anos de tramitação do processo, razão pela qual não se há de tê-lo como ato válido para os fins de obstar o exercício do dever do Supremo Tribunal de desempenhar a competência que lhe é constitucionalmente conferida.

10. A renúncia a cargo público, mais ainda em se cuidando de recurso adotado para dificultar ou até mesmo impedir um julgamento de ação penal, não haverá de servir a fins contrários ao dever que cada um tem de se submeter ao julgamento pelos seus atos na forma constitucional ou legalmente fixada.

Daí o disposto no art. 55, § 4º, da Constituição brasileira, segundo o qual "A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda

do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º".

11. Aquele dispositivo constitucional, introduzido no sistema pela revisão de 1993, conjuga-se com a finalidade de moralizar o comportamento parlamentar, impedindo adoção de providência do interessado para se livrar de qualquer processo, incluídos, mas não apenas, aqueles em curso na Casa integrada pelo renunciante.

Aquela norma constitucional dispõe sobre duas situações: a primeira refere-se ao processo que visa à perda do mandato, e a segunda concerne ao processo que possa levar também à perda do mandato. Concerne, pois, a processo instaurado ou protocolizado na Mesa da Casa a cujos quadros se vincula o renunciante. O segundo haverá que ser qualquer processo, instaurado perante qualquer instância, que possa levar à perda de mandato. É a lição de José Afonso da Silva: "a lógica (na interpretação da norma) aponta para qualquer procedimento investigatório de órgão que apure faltas ou situações das enumeradas nos incisos do art. 55 suscetíveis de levar à perda de mandato" (*Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 425).

Uma das situações enumeradas nos incisos do art. 55 da Constituição brasileira está exatamente no item VI, segundo o qual "perderá o mandato o Deputado ou Senador (...) que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado".

Logo, força é convir que o ato de renúncia haveria de ter os seus efeitos suspensos até o julgamento final do processo e, a partir do que aqui decidido, se teria o seu aperfeiçoamento.

Interpretação e aplicação diversa daquela norma levaria ao esvaziamento do seu conteúdo e à inocuidade do seu dispositivo, pois a prática conduziria à negativa da segunda parte do que nela se estampa.

Por isso acentuei no julgamento da AP 333-QO, ao cuidar de caso versando matéria relativa ao estatuto constitucional dos parlamentares, que alguns dos princípios que informam as normas sobre o tema devem ser realçados, especialmente porque a *Constituição garante a imunidade, mas não a impunidade*; que os cargos públicos voltam-se à concreção de objetivos públicos e deles não se pode valer quem quer que seja para se excluir dos deveres cidadãos de todos. Relembrei, então, lição de Black, que li aqui naquela sessão, segundo o qual "Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa" (BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the construction and interpretation of the laws*. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896, p. 48).

De igual forma, pondera Recasens Siches que:

> A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou

> tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado o mais justo.
>
> Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma (...) Se o caso que se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produziria resultados opostos àqueles a que ela se propôs, ou opostos às consequências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso. [SICHES, Luis Recaséns. *Filosofia del derecho.* 2. ed., Mexico: Porrua, 1961, p. 659.]

Lembro, ainda, a lição de Rui Barbosa, que em seus *Comentários à Constituição de 1891* anota: "(...) a lei política de um país não se interpreta com essa rigidez, não está subordinada, permita-se-lhe a expressão, à mesma literalidade que um regimento militar. Não são disposições que principiem e acabem cada uma em si mesmo; debaixo da lei política de cada país, existe uma substrutura de ideias gerais que ela propõe, uma finalidade de relações imanentes que ela não define, uma base comum, uma rede intrincada e sutil de princípios, que a apoiam, que a orientam, mas que ela não particulariza. Esse conjunto de princípios constitui, a respeito da lei fundamental do País, a fonte superior de sua interpretação e às conclusões que dela decorrem estão subordinadas em sua inteligência todas as cláusulas constitucionais" (*Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III, p. 411).

Seguindo a lição de Rui, há de se anotar que a Constituição abriga princípios que enfatizam o dever da jurisdição, a que todos haverão de se submeter, como obrigação cidadã ao qual não há alguém de se achar excluído por prática unilateralmente providenciada, menos ainda pela via de mecanismos que são postos para abrigar o interesse público, e não para burlá-lo, para se ter mais independência no trato da coisa pública, não para se ter impunidade com o destrato do interesse público.

12. Pelo exposto, voto no sentido de persistir a competência deste Supremo Tribunal, devendo prosseguir o julgamento da presente ação nos termos legalmente previstos.

1ª Preliminar – "*Nulidade ab initio do processo – 'Inquérito' instaurado e dirigido pelo próprio Ministério Público – Ofensa ao devido processo legal – Ofensa ao princípio da ampla defesa*" (fl. 3989).

13. Conforme relatado, em 24-6-1999, o procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia ofereceu denúncia contra o réu *Natan Donadon* e outros sete corréus pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 288 e 312, c/c os arts. 29 e 69, todos do Código Penal (formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas), "[c]onsiderando as várias notícias e representações questionando a licitude de um contrato de publicidade entre

a Assembleia Legislativa do Estado e a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., o Ministério Público instaurou o procedimento investigatório anexo para averiguar os fatos" (fl. 5).

14. Esse é o contexto investigatório no qual se deu o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público estadual, recebida em 4-11-2002 pelos desembargadores do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

15. Verifica-se, portanto, que os fatos foram investigados diretamente pelo Ministério Público, que, com fundamento em inquérito civil instaurado para investigar a contratação da empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda. pela Assembleia Legislativa de Rondônia, expediu ofícios, ajuizou ação cautelar de busca e apreensão preparatória de ação civil de reparação de danos e reduziu algumas declarações que considerou imprescindíveis para a elucidação dos fatos a termo.

16. Cumpre ressaltar que o inquérito civil não foi instaurado com o fim específico de apuração de crimes, mas para a completa apuração dos fatos, que, em tese, também configurariam ilícitos administrativos e civis.

17. É certo que foi submetida ao Plenário, inicialmente no Inq 1.968 (*Informativo* 325/STF), posteriormente, no HC 84.548 (*Informativo* 471/STF), ambos de relatoria do ministro Marco Aurélio, a controvérsia quanto à legitimidade do Ministério Público para conduzir investigações criminais.

Consta do *Informativo* 325/STF:

> (...) Iniciado o julgamento de inquérito em que se pretende o recebimento de denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática de fraudes contra o Sistema Único de Saúde (SUS), levantadas a partir de investigações efetivadas no âmbito do Ministério Público Federal. O denunciado, em sua defesa, alega a atipicidade da conduta, a inépcia da denúncia, bem como a falta de justa causa para a ação penal, porquanto o Ministério Público Federal não deteria competência para proceder à investigação de natureza criminal, incumbindo-lhe apenas, a teor do disposto no inciso VIII do art. 129 da CF, requisitar diligências e a instauração de inquérito policial. O ministro Marco Aurélio, relator, considerando que os elementos que serviram de base à denúncia provêm exclusivamente de dados obtidos em investigação criminal realizada pelo Ministério Público, proferiu voto no sentido de rejeitar a denúncia, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo ministro Nelson Jobim. Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa (CF, art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;"). Inq 1.968/DF, rel. min. Marco Aurélio, 15-10-2003 (Inq 1.968) (...).

Consta do *Informativo* 471/STF:

> (...) O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus* em que se pretende o trancamento da ação penal movida contra o paciente, acusado da suposta prática do

crime de homicídio, e a invalidação da decisão que decretara sua prisão preventiva. Sustenta-se a inexistência de base legal para a prisão e a impossibilidade de se admitir investigação promovida pelo Ministério Público e que viera a servir de base ao aditamento à denúncia, a partir do qual o paciente fora envolvido na ação penal. O ministro Marco Aurélio, relator, deferiu a ordem. Entendeu que, já existente processo devidamente formalizado, o Ministério Público, à margem das atribuições que lhe são cometidas pela Constituição Federal (CF, art. 129), implementara investigação para levantar os dados que compõem os apensos que serviram de base à denúncia contra o paciente, o que seria da competência da polícia civil.

Asseverou que ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, sendo que, em relação a investigações de práticas delituosas, pode requisitar diligências investigatórias e provocar a instauração do inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, nos termos do que dispõem os incisos VII e VIII do art. 129 da CF, normas harmônicas com o que previsto quanto às atribuições das polícias federal e civis (CF, art. 144 e parágrafos). Ressaltou não ser possível proceder à leitura ampliativa dos aludidos incisos do art. 129 da CF, sob pena de se chegar a conflito com o texto constitucional sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o inquérito policial em inquérito ministerial. Destacou que o próprio art. 129 da CF dá um tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública, quando é função institucional do *Parquet* promover o inquérito, ou à ação penal, hipótese em que lhe cumpre apenas provocar a instauração e requisitar as diligências que repute indispensáveis.

(...)

Em seguida, o ministro Sepúlveda Pertence, adiantando seu voto, acompanhou, em parte, o ministro Marco Aurélio, no que respeita à prisão preventiva, e denegou a ordem quanto ao trancamento da ação penal. Rejeitou a arguição abstrata de inconstitucionalidade de qualquer ato investigatório do Ministério Público e reconheceu-lhe, como titular da ação penal, o poder de suplementar atos de informação. Asseverou não reconhecer, entretanto, por falta de disciplina legal, os poderes de coerção conferidos à autoridade policial no curso do inquérito. Reportou-se, em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, a acórdãos do Tribunal, que afastaram o entendimento de que, da eventual incompetência da autoridade que houvesse procedido às investigações, decorresse nulidade ou inviabilidade da denúncia. Concluiu que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilidade da ação penal que nele se funde. Após, pediu vista dos autos o ministro Cezar Peluso. HC 84.548/SP, rel. min. Marco Aurélio, 11-6-2007 (...).

18. O Tribunal, entretanto, tem analisado situações análogas ao caso vertente.

Em julgado posterior ao início do julgamento do Inq 1.968 (que ocorreu em 15-10-2003), este Supremo Tribunal decidiu que a "instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção", sendo que "não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia,

diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado" (*v.g.*, Inq 1.957, rel. min. Carlos Velloso, julgado em 11-5-2005, *DJ* de 11-11-2005).

Na mesma linha, outros dois julgados, um da Segunda Turma (RHC 83.991, rel. min. Carlos Velloso, julgado em 20-4-2004, *DJ* de 7-5-2004), e outro da Primeira Turma (HC 89.158, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29-8-2006, *DJ* de 15-9-2006).

19. Esse entendimento, que se tem considerado aplicável aos casos em que o Ministério Público tem notícia direta da infração penal, há de incidir, por maiores razões, ao caso ora exame, que os fatos apurados estão intimamente ligados à sua função institucional de "promover o inquérito civil (...), para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (Constituição da República, art. 129, III).

20. Na linha dos precedentes mencionados, verifico não haver vício algum a ser reconhecido.

21. Ainda que vício houvesse, aliás, dele não se poderia extrair os efeitos pretendidos pela defesa, qual seja, na anulação dos atos processuais.

22. No caso ora em julgamento, que, segundo pretendi demonstrar, a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem diferenciado, como naqueles em que, a exemplo do HC 84.548, no qual se discute os poderes de investigação do Ministério Público de uma maneira geral, a conclusão haveria de ser única: ainda que vício houvesse, ele não seria capaz de anular atos do processo.

23. Esta, aliás, constitui uma tese que já foi sustentada no julgamento do HC 84.548.

O ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha se antecipado quanto ao mérito da questão constitucional posta naquele julgamento, para formação do *leading case*, deixou consignada a sua convicção, da qual compartilho plenamente, de que eventual vício na investigação conduzida pelo Ministério Público não teria o condão de anular o processo criminal.

Asseverou Sua Excelência, *verbis*:

> (...) creio que se tem levado além da marca à eventual consequência de reconhecer-se a ilegitimidade do Ministério Público para proceder a atos de investigação ou de suplementação de investigação da polícia judiciária. A questão tem sua sede própria, seu momento próprio, quando, por exemplo, o indiciado se recusa a atender o chamado do Ministério Público – chame-se ou não de intimação –, para comparecer a uma investigação desta.
>
> Outra coisa, a meu ver, inteiramente diversa, é saber se dada de barato ilegitimidade ou eventual inconstitucionalidade desses procedimentos do Ministério Público, daí decorreria a inviabilidade da ação penal ou até o desfazimento de condenação penal. Quanto à condenação, reporto-me a acórdão da lavra do eminente ministro Marco Aurélio, entendendo preclusa a matéria quando alegada após condenação. Mas, mesmo em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, gostaria de trazer ao prócere da discussão velhos acórdãos do Tribunal, que jamais

entenderam que, da eventual incompetência da autoridade que haja procedido às investigações, decorra nulidade ou inviabilidade da denúncia.

Os exemplos são significativos, de uma época em que o Tribunal escreveu páginas eloquentíssimas de sua jurisprudência, quando, logo após a tomada de poder pelo movimento armado de 1964, multiplicou-se os IPMS sempre a pretexto de investigação de infringência do art. 2º da Lei 1.802, salvo engano, vigente à época, que era a Lei dos Crimes Contra Ordem Política e Social. Numerosos foram os *habeas corpus*, alguns de repercussão histórica – Mauro Borges, Miguel Arraes e outros –, em que, ante a evidência de que não se estava a apurar crimes contra segurança externa do País, se concedeu *habeas corpus*, para coibir aquela prisão administrativa, decretada pelo oficial presidente dos inquéritos policiais militares, ou mesmo para não submeter o acusado à condução para ser inquirido nos tais IPMS. No entanto, é dessa mesma época uma série de decisões do Tribunal que dizem que o fato de ser ilegítimo IPM, porque não estava em causa nem crime militar nem crime contra a segurança externa do país, não decorria, por si só, a invalidade da denúncia que, com base no IPM, se fizesse por crimes comuns.

Tenho em mão apenas anotação do HC 41.870, relatado pelo saudoso ministro Gonçalves de Oliveira, HC 41.888, relatado pelo ministro Evandro Lins e Silva, e, mais recentemente, de minha lavra, o Agr 266.214, que dizia respeito à incompetência de autoridade policial para determinado inquérito. E não me parece, efetivamente, que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, e o caso é um lugar comum, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilização da ação penal que nele se funde (...).

24. Conforme bem ressaltou o ministro Celso de Mello no HC 73.271, *DJ* de 4-10-1996, as "nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória".

A própria doutrina também tem asseverado, conforme, entre outros, Flávio Meirelles Medeiros, que "somente as nulidades que ocorrem dentro do processo podem afetá-lo" (MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 35), tese que se confirma, aliás, pelo próprio Código de Processo Penal, que sequer alude a vícios ocorridos durante a investigação (Código de Processo Penal, arts. 563-573).

Assim, as únicas previsões legais de nulidade são as que ocorrem no próprio processo, como a evidenciar que, proposta a ação penal, eventuais vícios formais durante a investigação não a contaminam.

Nesse sentido, os RHC 43.878, rel. min. Evandro Lins, *DJ* de 5-4-1967; 47.695, rel. min. Adaucto Cardoso, *DJ* de 15-5-1970; 51.543, rel. min. Xavier de Albuquerque, *DJ* de 19-10-1973; 53.042, rel. min. Bilac Pinto, *DJ* de 8-1-1975; 59.397, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 16-4-1982; 59.691, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 1º-10-1982; 60.931, rel. min. Rafael Mayer, *DJ* de 5-8-1983; 61.139, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 25-11-1983; 62.815, rel. min. Octávio Gallotti, *DJ* de 17-5-1985; 66.428, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 2-8-1988; 67.056, rel. min. Carlos Madeira, *DJ* de 3-3-1989; e os HC 41.870, rel. min. Gonçalves de Oliveira, *DJ* de 7-4-1965; 41.888, rel. min. Evandro Lins, *DJ* de 10-12-1965;

56.092, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 16-6-1978; 58.120, rel. min. Cordeiro Guerra, *DJ* de 27-2-1981; 60.931, rel. min. Rafael Mayer, *DJ* de 5-8-1983; 62.745, rel. min. Octávio Gallotti, *DJ* de 1º-4-1985; 69.895, rel. min. Francisco Rezek, *DJ* de 10-9-1993; 71.832, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16-6-1995; 72.095, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 1º-3-1996; 72.648, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 27-10-1995; 72.864, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 18-8-2000; 73.245, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 21-6-1996; 73.037, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 21-6-1996; 73.271, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-10-1996; 73.730, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 21-6-1996; 73.898, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16-8-1996; 74.127, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 13-6-1997; 74.198, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-12-1996; 77.357, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 4-12-1998.

25. Essas três dezenas de precedentes mencionados referem-se aos mais variados tipos de vícios na investigação que se poderiam arguir, sendo de especial relevo o RHC 51.543, rel. min. Xavier de Albuquerque, *DJ* de 19-10-1973, no qual se afastou a possibilidade de anulação do processo penal pela ausência de atribuição por parte da autoridade que presidiu as investigações.

Cuidava-se, então, de caso aventado pelo ministro Sepúlveda Pertence, em que se objetivava o trancamento de processo criminal em curso na Justiça comum, sob a alegação de que teria sido instaurado com base em elementos de informação colhidos em inquérito policial militar.

Defendia-se, então, que as investigações somente poderiam ser conduzidas pela "polícia civil", única detentora de atribuição para investigar o delito pelo qual o paciente daquela impetração estava sendo processado.

O Tribunal reafirmou a sua jurisprudência, decidindo que o fato de os elementos informativos terem sido obtidos em inquérito policial militar não produziria o efeito de viciar e nulificar atos processuais de natureza comum.

Na mesma esteira o HC 62.745, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 1º-4-1985, no qual este Supremo Tribunal, acolhendo o parecer do saudoso ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo, então subprocurador-geral da República, afastou a possibilidade de anular o processo penal sob a alegação de que "o inquérito que serviu de suporte para a denúncia foi presidido por autoridade incompetente".

26. Independentemente desses precedentes e da circunstância de a matéria ainda estar sendo discutida pelo Plenário no HC 84.548 (rel. min. Marco Aurélio), é de se realçar que a Segunda Turma deste Supremo Tribunal analisou os poderes de investigação do Ministério Público relativamente ao mesmo delito pelo qual o réu está sendo processado, concluindo no sentido de que os poderes de investigação do Ministério Público são válidos, legítimos e "compõe[m] em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público".

Refiro-me ao julgamento do HC 94.173, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 27-11-2009, cujo julgado é o seguinte:

Ementa: Habeas corpus – Crime de peculato atribuído a controladores de empresa prestadora de serviços públicos, denunciados na condição de funcionários públicos (CP, art. 327) – Alegação de ofensa ao patrimônio público – Possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos funcionários públicos (CP, art. 327) – Validade jurídica dessa atividade investigatória – Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público, notadamente porque ocorrida, no caso, suposta lesão ao patrimônio público – Monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo Parquet – Teoria dos poderes implícitos – Caso "McCulloch v. Maryland" (1819) – Magistério da doutrina (Rui Barbosa, John Marshall, João Barbalho, Marcello Caetano, Castro Nunes, Oswaldo Trigueiro, v.g.) – Outorga, ao Ministério Público, pela própria Constituição da República, do poder de controle externo sobre a atividade policial – Limitações de ordem jurídica ao poder investigatório do Ministério Público – Habeas corpus indeferido. Nas hipóteses de ação penal pública, o inquérito policial, que constitui um dos diversos instrumentos estatais de investigação penal, tem por destinatário precípuo o Ministério Público. – O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes. – A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. – A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. *A acusação penal, para ser formulada, não depende, necessariamente, de prévia instauração de inquérito policial.* – Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. *A questão da cláusula constitucional de exclusividade e a atividade investigatória.* – A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. – Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o

Ministério Público. – Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. *É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória*. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, rel. min. *Ellen Gracie* – HC 91.661/PE, rel. min. *Ellen Gracie* – HC 85.419/RJ, rel. min. *Celso de Mello* – HC 89.837/DF, rel. min. *Celso de Mello*. *Controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público: oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo Parquet, o poder de investigação penal*. – O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei 8.906/1994, art. 7º, *v.g.*). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório (...).

Nesse sentido o julgamento do HC 87.610, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-12-2009; HC 90.099, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-12-2009; HC 89.837, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 20-11-2009; HC 85.419, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 27-11-2009; HC 91.661, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 3-4-2009; e RE 468.523, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 19-2-2010.

27. Todavia, a instrução da presente ação revela que, no caso, não há necessidade de se aguardar o julgamento plenário do HC 84.548, nem de se consolidar o entendimento firmado pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal.

28. Segundo os documentos que constam dos autos, os elementos de informação que serviram de suporte para a denúncia não teriam sido extraídos de investigação penal conduzida pelo Ministério Público, mas sim de autos de inquérito civil.

É o que se extrai das alegações finais do Ministério Público e da defesa, nas quais se afirma que "a peça informativa que deu suporte à denúncia foi obtida em inquérito civil instaurado para investigar a contratação da empresa MPJ *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*. pela Assembleia Legislativa".

29. O que se tem, pois, é que a denúncia teve como suporte elementos de informação obtidos em inquérito civil instaurado para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbrou suposta prática de ilícitos penais, chegando-se ao oferecimento da denúncia, peça inicial da presente ação penal.

30. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos obtidos em inquérito civil.

Nesse sentido, o julgamento do HC 93.524, de minha relatoria, *DJ* de 31-10-2008, do qual se extrai:

> *Ementa: Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Alegação de nulidade da ação penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público: eventual vício não caracterizado. Precedentes. Reexame do conjunto probatório existente nos autos da ação penal: impossibilidade. Princípio da indivisibilidade: não aplicação à ação penal pública. Precedentes. Habeas corpus denegado.* 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbrou a suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 2. Não há, nos autos, a demonstração de que os elementos de informação que serviram de suporte para o recebimento da denúncia tenham sido obtidos em investigação criminal conduzida pelo Ministério Público ou que teriam sido decisivos para a instauração da ação penal, o que seria imprescindível para analisar a eventual existência de vício. 3. Somente o profundo revolvimento de fatos e provas que permeiam a lide permitiria afastar a alegação de que as investigações teriam motivação política, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. 4. Por fim, a jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de que o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública. Precedentes. 5. Ordem denegada (...).

Na mesma linha, o julgamento do HC 84.367, rel. min. Carlos Britto, *DJ* de 18-2-2005, do qual se extrai:

> *Ementa: Habeas corpus. Paciente denunciada por omitir dado técnico indispensável à propositura de ação civil pública (art. 10 da Lei 7.347/1985).*

> *Alegada nulidade da ação penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público e incompatibilidade do tipo penal em causa com a Constituição Federal*. Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o inquérito civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em inquérito civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). (...) *Habeas corpus* indeferido.

E, ainda, o julgamento do RE 466.893, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1º-8-2008, que foi assim sintetizado:

> *Ementa: Recurso extraordinário. Penal. Processual penal. Ministério Público. Oferecimento de denúncia com base em inquérito civil público. Viabilidade. Recurso desprovido.* 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de inquérito civil público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (art. 46, § 1º, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento.

31. Rejeito, portanto, a preliminar relativa à alegada nulidade decorrente do oferecimento de denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquérito civil.

2ª Preliminar – "*Investigação promovida por órgão do Ministério Público de primeiro grau – Deputado estadual investigado – Quebra do princípio do promotor natural – Ofensa ao devido processo legal*" (fl. 3993).

32. A segunda questão preliminar a ser analisada trata da eventual nulidade decorrente da alegada "quebra do princípio do promotor natural" (fl. 3993), que, segundo a defesa, teria ocorrido em razão da investigação ter sido conduzida "exclusivamente por promotor de justiça com atuação em primeira instância" em desfavor do corréu Marcos Antônio Donadon, deputado estadual quando da instauração do inquérito (fl. 3994).

33. Em suas alegações finais, a defesa argumenta que "[c]onsta[ria] dos autos petição intitulada de '*Ação cautelar de busca e apreensão de documentos, com pedido de liminar 'inaudita altera parte*' em relação ao *Sr. Presidente da* Assembleia *Legislativa do Estado de Rondônia, deputado Marcos Antônio Donadon*', formulado por promotor de justiça com atuação em primeiro grau, com a finalidade confessada de obter prova criminal e de improbidade contra Parlamentar Estadual" (fl. 3994).

Para fundamentar essa assertiva, a defesa transcreve da ação cautelar o trecho seguinte:

> (...) Ante fundada representação que lhe foi formulada e a presença de evidências contundentes sobre malversação de dinheiro público pela Assembleia

> Legislativa deste Estado, o Ministério Público instaurou procedimento investigatório para apurar os *fatos* e, se caso, intentar as medida judiciais necessárias (...). [Fl. 3994.]

Sustenta, ainda, que "todo o procedimento est[aria] contaminado", ressaltando que "as testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas por promotores de justiça com atuação em primeira instância, responsáveis pela anômala investigação" (fl. 4015).

34. Todavia, o réu também não tem razão de direito quanto a essa segunda preliminar, pois a ação cautelar ajuizada contra deputado estadual em inquérito civil não se insere no rol daquelas medidas suscetíveis de processamento e julgamento originários pelo Tribunal de Justiça estadual.

35. Como plenamente consabido, a competência do Tribunal de Justiça de Rondônia para julgar questões que envolvam deputado estadual é determinada na Constituição do Estado de Rondônia (art. 87, IV, *b*). No rol constitucionalmente afirmado, não se inclui a atribuição do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, ação cautelar em inquérito civil na qual figure como réu deputado estadual.

De acordo com o regime de direito, que definem as competências institucionais, o processo e o julgamento de causas de natureza eminentemente civil não se acham inscritas no texto constitucional (ações cautelares, inquéritos civis, ações civis públicas, ações ordinárias, ações declaratórias etc.), mesmo quando instauradas contra deputado estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõe de prerrogativa de foro perante os tribunais pátrios.

Inexistindo, como ocorre na espécie, qualquer indicação de ato suscetível de definir, para os fins a que se refere a Constituição do Estado de Rondônia, e dentro dos limites por esta taxativamente previstos, a competência originária do Tribunal de Justiça, torna-se inviável pretender que se anule inquérito civil destinado a alicerçar futuro ajuizamento de ação civil, ainda quando referente a membro da Assembleia Legislativa.

A matéria não comporta discussão mínima por se cuidar de regra de competência constitucional expressa, que não possibilita interpretação extensiva.

36. Ademais, é de se realçar que, conforme bem asseverou o eminente ministro Sepúlveda Pertence, ao acompanhar o ministro relator Sydney Sanches em caso análogo ao presente, a "circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca (...) a competência para julgá-lo" (HC 80.112, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 17-11-2000).

No mesmo sentido se pronunciou o eminente ministro Marco Aurélio, ao votar no HC 80.112, asseverando que "muito embora a matéria e o tema sejam ambíguos, sendo possível vislumbrar até mesmo uma figura penal na articulação da portaria do Ministério Público, o objetivo maior é a responsabilidade civil, e não, em si, a persecução criminal. Por isso, não tenho como assentar, de início,

estar diante de um inquérito que se mostra simplesmente formal quanto à qualificação de inquérito civil, mas que, em última análise, é criminal".

37. Por derradeiro, é de se registrar, ainda, outra circunstância que deve ser considerada no exame da questão.

Refiro-me ao fato de que o inquérito civil foi instaurado pelo Ministério Público de Rondônia, com o claro objetivo de possibilitar, para efeitos extrapenais, a apuração de dados informativos necessários à constatação, ou não, de ato reputado lesivo ao patrimônio público estadual, consistente na contratação sem licitação de empresa de marketing e propaganda pela Assembleia Legislativa de Rondônia – e não da suposta participação individual do réu ou do corréu Marcos Antônio Donadon.

Cabe trazer à colação, bem por isso, ante a sua extrema pertinência, trechos da ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público rondoniense, que bem evidenciam o interesse civil de reparação de danos e a ausência de conotação penal na iniciativa tomada, *verbis*:

> (...) 1. Ante fundada representação que lhe foi formulada e a presença de evidências contundentes sobre malversação de dinheiro público pela Assembleia Legislativa deste Estado, o Ministério Público instaurou procedimento investigatório para apurar os fatos e, se caso, intentar as medidas judiciais necessárias.
>
> (...)
>
> 7. O fato é que, iniciadas as investigações pelo Ministério Público, elas, porém, têm sido obstaculizadas pela renitência do Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Marcos Antônio Donadon, que, sistematicamente, não atendeu às várias requisições ministeriais que lhe foram feitas para o envio de documentos que esclareçam os fatos sob investigação. Documentos esses – enfatize-se – públicos por excelência, pois dizem respeito a gasto de dinheiro pela Administração Pública e, portanto, tem esta de se submeter a todos os desdobros e consequências do princípio constitucional da publicidade de seus atos e contratos (art. 37, CF), entre eles o de fornecer, quando requisitados, cópias desses contratos a órgãos legitimados a exercer a fiscalização da legalidade, como assim é o Ministério Público.
>
> (...)
>
> 11. A rigor, os pressupostos desta ação cautelar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) sequer se vinculam ao direito material eventualmente violado pelo dirigente da Assembleia Legislativa (integridade do patrimônio público) que o Ministério Público procura, com o procedimento investigatório, apurar ante a denunciada contratação ilegal daquela empresa de publicidade e de possível contratação ilegal de funcionários em comissão ou sem concurso público.
>
> Esses pressupostos decorrem, em verdade, da negativa da Presidência da Assembleia em atender às requisições do Ministério Público no cumprimento de suas funções institucionais.
>
> De sorte que o *fumus boni juris* está, pois, do próprio texto constitucional e das normas infraconstitucionais referidas, que conferem ao Ministério Público o direito de ver atendidas suas legítimas requisições de documentos dirigidas a órgãos públicos e necessários a instruir procedimento para esclarecer malversação do patrimônio público, direito de requisição esse violado pelo requerido.

> E o *periculum in mora* revela-se na consequente necessidade de se apurar, o quanto antes, esses eventuais desvios para, sem demora, recompor o dano com o ajuizamento da ação de reparação.
>
> O que não se mostra razoável é que o investigado, enquanto ordenador de despesa pública, impeça ou procrastine, com delongas, as investigações do Ministério Público imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos e ao ajuizamento, se caso, dessa ação reparatória.
>
> (...)
>
> 13. Em se comprovando dano ao patrimônio público por ato de improbidade administrativa de agente público, a ação principal será a de reparação desse dano prevista na Lei 8.429/92, para cujo ajuizamento se legitima o Ministério Público (...).
>
> E se o Ministério Público é parte legítima para propor essa ação principal de reparação de dano, segue óbvio igualmente parte legítima para ajuizar toda e qualquer ação cautelar que se fizer necessária à salvaguarda de seu direito à investigação, seja ainda para resguardar a realização prática dessa ação principal com a qual se procurará recompor, em sendo o caso, a integridade do patrimônio público lesado (...). [Fls. 151-156.]

Vê-se, portanto, que o inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público estadual, além de não se referir especificamente à pessoa do réu ou do corréu Marcos Antônio Donadon, mas sim à necessidade ético-jurídica de apurar o dano ao patrimônio público estadual, acha-se instrumentalmente vinculado ao ulterior ajuizamento da pertinente ação civil de reparação de danos.

Mesmo, porém, que a ação civil em questão devesse ser ajuizada contra o réu – o que se alega por mero favor dialético –, não se vislumbraria, no caso presente, a alegada usurpação de competência originária, pois, insista-se, não se inclui entre as atribuições constitucionais dos tribunais o poder de processar e julgar, originariamente, a ação civil a que se referem aqueles atos e que venha a ser ajuizada contra determinados agentes políticos, sujeitos, em sede penal ou de mandado de segurança, à jurisdição imediata deste ou daquele Tribunal.

38. Rejeito, portanto, a segunda preliminar suscitada pela defesa.

3ª Preliminar – "*Crime político – Impossibilidade de instauração de ação de improbidade – Prerrogativa de foro do deputado estadual – Nulidade de toda a prova arrecadada – Reclamação 2.138 do STF*" (fl. 4015).

39. A terceira questão preliminar a ser analisada trata da eventual nulidade decorrente da alegada "obtenção de provas, *por vias oblíquas*, contra autoridades com prerrogativa de foro" (fl. 4015), que, no entender da defesa, teria ocorrido em razão "da prova arrecadada [ser] utilizada simultaneamente para a ação de improbidade administrativa e para a ação penal" contra deputado estadual (fl. 4015).

40. Em suas alegações finais, a defesa repete, basicamente, os mesmos argumentos suscitados na segunda preliminar, defendendo, ainda, que "*toda a apuração volta-se para a investigação de crime político, o que remete a competência para a apuração de todos os fatos, e todos os seus efeitos (criminais,*

perda de direitos políticos, perda da função pública...) para o Pleno do TJRO, em razão da prerrogativa de foro de um dos denunciados à época" (fl. 4016, grifos nossos).

41. Também não assiste razão de direito à defesa quanto à terceira preliminar, pois, além de serem totalmente aplicáveis à espécie os fundamentos pelos quais rejeitei a segunda preliminar invocada pela defesa, o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público rondoniense não se volta para a "investigação de crime político"; é de se realçar que, no caso presente, sequer cabe cogitar de caracterizar qualquer dos fatos investigados como crime político.

42. Conforme bem asseverou o eminente ministro Celso de Mello, no julgamento da Ext 1.008, a "noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, op. cit., p. 609; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 135, item 119, 3. ed., 1987, Savaiva, *inter plures*); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum" (Ext 1.008, rel. min. Gilmar Mendes, rel. p/ o ac. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 17-8-2007).

43. Rejeito, portanto, a terceira preliminar suscitada pela defesa.

4ª Preliminar – "*Inépcia da denúncia*" (fl. 4017).

5ª Preliminar – "*Inépcia da denúncia – Atipicidade – Ausência de subsunção dos fatos narrados ao tipo penal do art. 288 do Código Penal – Necessidade de rejeição da denúncia*" (fl. 4025).

44. A quarta questão preliminar a ser analisada confunde-se com a quinta questão preliminar, pois tratam da eventual nulidade decorrente da alegada "inépcia da denúncia" (fls. 4017 e 4025), que, segundo a defesa, seria "genérica, pecando pela falta de individualização adequada de condutas, especialmente quando cuida da situação do defendente *Natan Donadon*" (fl. 4017).

45. Em suas alegações finais, a defesa sustenta que a "denúncia omite circunstâncias importantíssimas relativas às condutas imputadas ao defendente, deixando de indicar condições de tempo, modo e lugar dos supostos crimes de *Natan Donadon*"; e de "demonstrar o vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada" (fl. 4018).

Afirma, ao final, que "inexistindo a especificação da participação criminosa que se pretende atribuir ao defendente, com a indicação precisa de quando, como

e de que forma teria praticado ou ao menos concorrido para a prática dos fatos narrados na denúncia, há que se reconhecer a vulneração ao texto do art. 41 do Código de Processo Penal, bem assim e principalmente a ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal e ao direito à amplitude de defesa" (fl. 4025).

46. Também relativamente à suscitada inépcia da denúncia, vê-se que as alegações jurídicas expostas pela defesa não infirmam a inquestionável validade do ato impugnado.

É consabido que a denúncia é peça técnica, que deve ser simples e objetiva, atribuindo a alguém a responsabilidade por um fato, tão somente. A denúncia deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar a ele o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal).

Toda denúncia é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e, como assentado na jurisprudência, apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação.

Assim, descritos, na denúncia, comportamentos típicos, ou seja, sendo factíveis e obviados os indícios de autoria e materialidade delitivas, não se pode trancar a ação penal.

47. Tem-se, na denúncia oferecida, além da exposição do extenso rol de cheques assinados pelo réu à empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., a descrição dos fatos criminosos, *verbis*:

> (...) 1. Considerando as várias notícias e representações questionando a licitude de um contrato de publicidade entre a Assembleia Legislativa do Estado e a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., o Ministério Público instaurou o procedimento investigatório anexo para averiguar os fatos (cfr. Vol. I).
>
> Veio à baila, então, a existência de um bando formado por todos os denunciados e outras pessoas ainda não bem identificadas, que se associaram com o propósito de se locupletar criminosamente de recursos financeiros da Assembleia. A quadrilha era capitaneada pelo então Presidente desse Poder. Deputado Marcos Antônio Donadon, e por Mário Calixto Filho, empresário de comunicação neste Estado, já notabilizado por suas incursões contra o erário e que, por isso, responde a três ações penais por peculato (fls.).
>
> 2. À época dos desvios – ocorridos no período de 31-7-1995 a 19-1-1998 – o denunciado Marcos Antônio Donadon era o Presidente da Assembleia Legislativa, cargo que lhe dava o comando administrativo dessa Casa e a posse sobre seus valores, circunstâncias de que se valeu para os desvios de dinheiro desse Poder em benefício dos integrantes do bando e de terceiros, para cujo desiderato contou, ainda, com o auxílio de outros servidores subalternos – como seu irmão Natan Donadon e Gernir José Werlang –, cooptados para a quadrilha.

E para dar ares de legalidade aos criminosos desvios – reiteradamente praticados ao longo de dois anos e meio – os denunciados forjaram um contrato de publicidade entre a citada empresa MPJ e a Assembleia.

(...)

9. O fato é que, perseguindo o propósito dos denunciados, no período de 31 de julho a 19 de janeiro de 1998 – e durante religiosamente todos os meses – a Assembleia Legislativa, por conta desse contrato fraudado, emitiu, em favor da MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., cento e quarenta cheques a pretexto de lhe pagar por serviços publicitários, cuja soma chega ao astronômico valor de R$ 8.400.000,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais).

Serviços, é bom ressaltar, jamais prestados pela MPJ.

Esse o valor dos vários desvios praticados reiteradamente pelos denunciados nesses dois anos e meio!

10. Esses cheques da Assembleia, nominais à MPJ, estão, todos, indicados na relação encaminhada por esse Poder (v. fls. 227/235-I vol.): são noventa da conta da Assembleia no extinto Banco do Estado de Rondônia S.A. – BERON; quarenta da conta junto ao Banco Sudameris local, e dez da conta do Banco Real desta cidade.

Formam o volume IV que acompanha esta denúncia, as cópias de trinta e nove desses cheques referentes à conta da Assembleia no Banco Sudameris, subscritos, sempre em dupla, pelos denunciados Marcos Antônio Donadon, Natan Donadon e Gernir José Werlang, e um quarto servidor da Assembleia (Elias Alves de Almeida Sobrinho), que se revezavam entre si na tarefa de emiti-los (...).

(...)

13. *Omar* – como admitiu (fls. 88-I vol.) –, investiu-se como procurador da MPJ por indicação de seu patrão Mário Calixto, com a finalidade de receber os cheques emitidos pela Assembleia em favor dessa empresa, e repassar seus valores a jornais e veículos de comunicação indicados pelo denunciado Natan Donadon, que era quem lhe fazia, pela Assembleia, a entrega desses cheques.

14. Pela semelhança do *modus operandi* e tal como apurado em outra ação penal sofrida por *Mário Calixto Filho*, no rumoroso affaire *Ceron* (...), sobressai-se que parte desse valor desviado da Assembleia era o agrado ('jabaculê', no jargão jornalístico) que os denunciados *Marcos Antonio* e *Natan* destinavam à mídia do Estado para com ela ficar bem e ter a sua cobertura favorável e, assim, pavimentar a futura pretensão política de membros de sua família. Ou como revelou *Omar*, "segundo lhe foi informado pelo senhor Mário Calixto, o contrato que a MPJ tinha com a ALE era simplesmente para legalizar os pagamentos que esta fazia aos veículos de comunicação" (...).

(...)

18. Num resumo, ao montarem e participarem desse esquema ilícito para desvio de dinheiro da Assembleia, todos os denunciados incorreram no crime do art. 312 do Código Penal: Marcos Antônio, Gernir e Natan, aproveitando-se de seus cargos, assinavam os cheques desviados, além de Natan fazer a entrega de parte deles a Omar; Mário Calixto Filho, com sua relevante participação de mentor (ao lado de Marcos Antônio), envolveu-se diretamente atuando na montagem fraudulenta do referido procedimento de pré-qualificação, através de suas empresas MPJ e Nortebrás, além de ter-se beneficiado diretamente, recebendo cheques de altos valores desviados em seu nome e no de suas empresas; Omar, Euclides e Fioravanti também tiveram participação relevante ao atuarem como líderes de Marcos Antônio e Mário no esquema: o primeiro atuando como procurador da MPJ, recebendo de

> Natan os cheques desviados e repassando os valores a terceiros, inclusive para si; o segundo, como sócio fantoche da MPJ, recebendo também a maioria dos cheques desviados e repassando seus valores a membros do bando e à mídia; o terceiro, emprestando seu nome para manter uma empresa (MPJ) criada exclusivamente para fim ilícito – os desvios de valores da Assembleia (...). [Fls. 5-27, grifos nossos.]

Conforme se observa, não há que se ter como censurável a denúncia ora questionada, que bem delineou os limites de atuação do paciente nos fatos, em tese, tidos como criminosos, notadamente se considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria, em especial da Primeira Turma.

Nesse sentido, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal, em 18 de dezembro de 2006, no RHC 89.721, de minha relatoria, cujo julgado é o seguinte:

> *Recurso ordinário em habeas corpus. Crime eleitoral. Recebimento da denúncia. Alegação de inépcia da inicial acusatória, afronta ao princípio da presunção da inocência, ausência de fundamentação e falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Habeas corpus denegado no Tribunal Superior Eleitoral. Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Recurso desprovido.* 1. Não é inepta a denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. 2. Não se admite, na via acanhada do *habeas corpus*, a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência dos pacientes. 3. O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 4. Devidamente fundamentada, nos termos legalmente previstos e em consonância com o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a matéria, a decisão que recebeu a denúncia, deve a ação penal ter seu curso normal. 5. Recurso desprovido. [*DJ* de 16-2-2007, grifos nossos.]

No mesmo sentido: HC 84.776, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 28-10-2004; HC 80.954, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 5-4-2002; HC 81.517, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 14-6-2002; e HC 82.393, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 22-8-2003.

48. É de se ressaltar, ainda, que o Tribunal de Justiça de Rondônia recebeu a denúncia assentando que a "denúncia descreve todos os fatos e circunstâncias a demonstrar a configuração, dos tipos *crimines* praticados pelos denunciados", bem como que "ficaram demonstrados na peça exordial o tempo, o lugar e o modo como foram perpetrados os delitos" (fl. 1939).

49. Rejeito, portanto, a quarta e a quinta preliminares suscitada pela defesa.

6ª Preliminar – "*Continência e conexão – Necessidade de unidade de julgamento*" (fl. 4031).

50. A sexta questão preliminar a ser analisada trata da alegada "continência e conexão" (fl. 4025), pois, no entender da defesa, "não have[ria] razão para o

desmembramento do processo", já que "[a] denúncia foi oferecida também contra outras pessoas" (fl. 4031).

51. Em suas alegações finais, a defesa sustenta que "[n]ão há réus presos e o número de acusados não é excessivo a ponto de justificar o desmembramento, que é exceção à regra de que se deve preservar a unidade de julgamento em hipóteses de conexão e continência" (fl. 4031).

Afirma que "[n]o caso dos autos existe circunstância especial que recomenda com maior intensidade a unidade de processo e julgamento", ressaltando que "a denúncia refere-se à acusação de crime de formação de quadrilha" e que "[e]ssa modalidade criminosa é de 'concurso necessário', o que, fatalmente, obrigar[ia] o Supremo Tribunal Federal a avaliar a conduta dos demais réus" (fl. 4031).

52. Também relativamente à suscitada continência e conexão, vê-se que as alegações jurídicas expostas pela defesa não infirmam a inquestionável validade do ato aqui impugnado.

53. Conforme relatado, o desmembramento do feito deu-se no Tribunal de Justiça de Rondônia (fls. 1736-1737 e 1877), sendo mantido neste Supremo Tribunal Federal por decisão da ministra Ellen Gracie (fl. 1922).

54. Investiga-se, na espécie vertente, suposta prática de crime de formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas, mediante contrato de publicidade assinado entre a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda. e a Assembleia Legislativa de Rondônia, da qual, na data dos fatos, seria agente público (diretor financeiro) o acusado Natan Donadon, irmão do então presidente da Assembleia Legislativa.

55. Segundo a denúncia, o réu "aproveitando-se de se[u] carg[o], assinav[a] os cheques desviados, além de (...) fazer a entrega de parte deles a Omar" (fl. 27).

56. Além de serem sete denunciados na origem, deve-se levar em consideração a necessidade de tramitação mais célere possível do feito relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha.

Note-se que a pena máxima cominada ao delito é de três anos de reclusão, prescrevendo, portanto, em oito anos (Código Penal, art. 109, IV), circunstância relevante na espécie vertente, pois os fatos objeto da denúncia teriam ocorrido entre 1995 e 1998.

57. É de se ressaltar, ainda, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que há "a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal)" (AP 336-AgR, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-12-2004).

Nesse sentido, entre outros, o AP 493-AgR, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 7-11-2008; o Inq 2.527-AgR, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 26-3-2010; a Inq 559-QO, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 19-2-1993; a Pet 2.020-QO, rel. min. Néri

da Silveira, *DJ* de 31-8-2001; a Inq 675-QO, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 25-3-1994.

58. Rejeito, portanto, a sexta preliminar suscitada pela defesa.

Mérito

59. Afastadas as preliminares arguidas pela defesa do réu e não havendo nos autos irregularidades que devam ser declaradas de ofício, passo à análise do conjunto probatório.

60. Imputa-se ao réu a prática dos crimes previstos nos arts. 288 e 312, c/c os arts. 29 e 69, todos do Código Penal (formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas).

61. Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal sustenta que:

> 34. O crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, do Código Penal, requer para a sua configuração a presença dos seguintes elementos: I) associação estável ou permanente; II) composta por mais de três pessoas; III) finalidade de praticar crimes.
>
> 35. No presente caso, *Natan Donadon* e os demais denunciados associaram-se de forma permanente, com o propósito de desviar recursos da Assembleia Legislativa de Rondônia, através da simulação de um contrato de publicidade que deveria ser executado pela empresa MPJ – *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*.
>
> 36. Também faziam parte da quadrilha *Luiz Carlos Fioravanti* e *Euclides Fieri de Oliveira Júnior*, que atuaram como "laranjas" na composição da MPJ – *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*, em proveito de *Mário Calixto Filho*, conforme se verifica no contrato social de fls. 132/136 e 138/142.
>
> 37. Frise-se que é admissível a caracterização do delito de quadrilha na hipótese da associação para a prática de crime em continuidade delitiva, como no caso ora analisado, em que os recursos foram desviados continuamente, por um período de mais de dois anos.
>
> 38. O delito de peculato que, em verdade, foi praticado em continuidade delitiva, encontra-se comprovado pelas provas documentais e testemunhais produzidas. As testemunhas deixaram claro que, de fato, a referida empresa não prestou qualquer serviço ao Poder Legislativo, embora tenha recebido vários pagamentos por isso, além de terem esclarecido que um dos denunciados, *Gernir José Werlang*, por determinação do deputado estadual *Marcos Donadon*, deu sumiço nos documentos referentes ao contrato em questão.
>
> (...)
>
> 42. Desse modo, apesar de não ter sido prestado qualquer serviço à Assembleia Legislativa de Rondônia, inexistindo, por conseguinte, as correspondentes notas fiscais que atestariam o direito ao pagamento, *Natan Donadon*, na função de Diretor Financeiro, agindo como executor do delito articulado pelo seu irmão, então Presidente da Assembleia Legislativa, *Marcos Donadon*, assinou os cheques e liberou os recursos em favor da MPJ – *Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda*, conforme atestam os documentos da Assembleia Legislativa

de fls. 419; 423; 425; 427/428; 430; 432; 434; 437/439; 441/444; 446; 448/449; 451; 453/454; 475; 3905.

43. Merecem destaque as afirmações prestadas por *Omar Miguel da Cunha*, procurador da MPJ e também denunciado, ao descrever a atuação de *Natan Donadon* e explicar o esquema:

> O senhor Mário Calixto explicou-lhe que o declarante deveria receber os valores da ALE e repassá-los aos veículos de comunicação que lhes fossem indicados pelo senhor *Natan Donadon* (...) Embora o contrato firmado pela ALE e a MPJ tenha um fim específico, nenhum trabalho foi realizado por esta à ALE. O controle das empresas de comunicação que recebem dinheiro da ALE, através da MPJ, está com o senhor *Natan Donadon*. É o senhor *Natan Donadon* a pessoa que entregava os cheques à MPJ e dizia a quais empresas deveriam ser repassadas o dinheiro (...) O dinheiro recebido da ALE pela MPJ nunca entrou na contabilidade da referida empresa, até porque esta não tem nenhum registro contábil (...) Desde que foi constituído como procurador da MPJ, esta não realizou nenhum trabalho de publicidade para quem quer que seja, e muito menos para a ALE. A referida empresa não tem nenhum funcionário, não tem escritório, não tem equipamento e nenhum telefone para contato. Quando recebia dinheiro da ALE, não emitia nenhuma nota fiscal referente ao valor recebido e nem recibo. Aliás, nunca viu uma nota fiscal para a ALE (fls. 113/115) (Grifou-se).

44. Muito embora tais declarações feitas por *Omar Miguel da Cunha* não tenham sido reproduzidas pelo mesmo em juízo, uma vez que não compareceu ao seu interrogatório na Ação Penal n. 200000.1999.001452, em curso no TJ-RO (fl. 3049), podem ser valoradas em conjunto com as demais provas que passaram pelo crivo do contraditório, conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

45. Dessa forma, encontra-se comprovada a materialidade dos delitos de peculato e de formação de quadrilha, assim como a autoria do Deputado Federal *Natan Donadon*.

46. Ante o exposto, requer o Ministério Público Federal a condenação de *Natan Donadon* às penas previstas nos arts. 288 e 312, do Código Penal. [Fls. 3980-3984.]

I – Peculato

62. A materialidade do crime de peculato está devidamente demonstrada pela vasta prova documental acostada, notadamente os cheques destinados ao pagamento da empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda. (fls. 419, 423, 425, 427-428, 430, 432, 434, 437-439, 441-444, 446, 448-449, 451, 453-454 e 3905).

63. Ainda a corroborar a existência material do delito de peculato, na prova testemunhal produzida, as testemunhas, ao serem inquiridas, revelaram que a referida empresa, embora tenha recebido os pagamentos, não prestou serviços para o Poder Legislativo do Estado de Rondônia nem emitiu notas fiscais.

A testemunha Kátia Maria Tavares das Neves, ouvida em juízo às fls. 2070-2073, sob o crivo do contraditório, alega que "reafirma as declarações prestadas perante o Ministério Público do Estado de RO, conforme termo

juntado às fls. 204/205 do Vol II dos autos". Nesse termo consta o seguinte depoimento prestado pela testemunha:

> Embora se recorde que foram efetuados vários pagamentos à empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda, não se recorda de ter visto qualquer nota fiscal da referida empresa. Não se recorda de, no período compreendido entre agosto de 95 a maio de 97, ter visto qualquer publicidade da Assembleia através de televisão, jornais ou por meio de rádio. [Fl. 204.]

Da mesma forma, as testemunhas Sandra Galdino Leite de Souza e Carlos Alberto Vanzella sustentam, em seus depoimentos prestados em juízo (fls. 2074-2078), as declarações prestadas ao Ministério Público estadual, respectivamente, às fls. 208 e 207 dos autos:

> Não se recorda de, no período de agosto de 1995 a maio de 1997, ter visto qualquer veiculação, pela televisão, jornais ou rádio, de publicidade da Assembleia. Embora saiba que houve vários pagamentos a MPJ, não se recorda de quem atestou os referidos serviços. [Fl. 208.]
>
> No período compreendido entre agosto de 1995 a maio de 1997 não viu a veiculação de nenhum material publicitário da ALE, tanto em televisão, jornais ou rádio. Embora seja o responsável pelo lançamento contábil, não se recorda de ter visto qualquer nota fiscal emitida pela MPJ. Mesmo Genir tendo dado sumiço no processo da MPJ, é possível se fazer um levantamento de quanto a Assembleia pagou a referida empresa. [Fl. 207.]

Assim, está claro que recursos públicos do orçamento da Assembleia Legislativa de Rondônia foram desviados pela simulação da prestação de serviços que, em verdade, não ocorreram. Portanto, irrefutável a materialidade dos fatos ora submetidos à análise judicial.

64. Quanto à autoria, tem-se que o acervo probatório, produzido sob o crivo do contraditório, apresenta elementos de convicção suficientes para a formação de um juízo de certeza sobre o envolvimento do acusado Natan Donadon na empreitada criminosa.

65. O denunciado nega os fatos que lhe são imputados, contudo as provas documentais e testemunhais deixam clara a sua responsabilidade.

Os cheques destinados ao pagamento dos serviços não prestados pela empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda. foram assinados pelo réu Natan Donadon (fls. 419, 423, 425, 427-428, 430, 432, 434, 437-439, 441-444, 446, 448-449, 451, 453-454 e 3905).

As testemunhas ouvidas em juízo confirmam que o acusado Natan Donadon era o diretor financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia na época em que os cheques foram assinados.

A testemunha Kátia Maria Tavares das Neves alega que:

> não se recorda precisamente do cargo exercido pelo acusado Natan Donadon naquela época; que acredita que o acusado Natan Donadon tenha sido Diretor

> Financeiro durante a primeira gestão, a partir do início da gestão, o Dep. Marco Donadon, Presidente da ALE, a partir do ano de 1995; Que não sabe informar o período em que o acusado Natan Donadon foi Diretor financeiro da ALE/RO dizendo ter sido por um pequeno período. [Fl. 2071.]

Já a testemunha Sandra Galdino Leite de Souza afirma que:

> não sabe informar precisamente em que período o acusado Natan Donadon foi Diretor do Depto. Financeiro da ALE/RO, sabendo dizer que foi durante a gestão do Deputado Marcos Donadon com Presidente da ALE/RO. [Fl. 2074.]

Por sua vez, a testemunha Carlos Alberto Vanzella assevera que:

> não se recorda o período o acusado Natan Donadon foi diretor do Depto. Financeiro da ALE/RO sabendo dizer que foi por pouco tempo, achando ter sido o ano de 1995; (...) que os cheques emitidos pela ALE/RO eram assinados pelo Presidente da ALE/RO e pelo Diretor Financeiro; que o Sr. Elias Almeida Sobrinho foi substituto do Diretor Financeiro da ALE/RO na época do acusado Natan Donadon e do Sr. Genir. [Fls. 2076-2077.]

Em suas alegações finais, a defesa do réu tenta desqualificar as testemunhas arroladas pela acusação, afirmando que "tratavam-se todos de funcionários do departamento financeiro, de algum modo implicados nos fatos" (fl. 4108).

Contudo, na fase de instrução do processo não foi arguido o impedimento ou a suspeição de qualquer das testemunhas. Ademais, não existe nos autos prova ou indício de que elas fossem inidôneas para depor em juízo e era ônus da defesa demonstrar esse fato.

66. A corroborar a prova produzida sob o crivo do contraditório, tem-se o depoimento do corréu Omar Miguel da Cunha, prestado durante o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, no qual sustenta que:

> O senhor Mário Calixto explicou-lhe que o declarante deveria receber os valores da ALE e repassá-los aos veículos de comunicação que lhes fossem indicados pelo senhor *Natan Donadon*. (...) Embora o contrato firmado pela ALE e a MPJ tenha um fim específico, nenhum trabalho foi realizado por esta à ALE. O controle das empresas de comunicação que recebem dinheiro da ALE, através da MPJ, está com o senhor *Natan Donadon*. É o senhor *Natan Donadon* a pessoa que entregava os cheques à MPJ e dizia a quais empresas deveriam ser repassadas o dinheiro. Aliás, quando a ALE efetuava o pagamento à MPJ o declarante era chamado à ALE, o senhor Natan lhe entregava o cheque e mandava que o declarante o endossasse. Após isso, o senhor Natan pedia o cheque de volta e o descontava no banco sacado. (...) O dinheiro recebido da ALE pela MPJ nunca entrou na contabilidade da referida empresa, até porque esta não tem nenhum registro contábil. Desde que foi constituído como procurador da MPJ, esta não realizou nenhum trabalho de publicidade para quem quer que seja, e muito menos para a ALE. A referida empresa não tem nenhum funcionário, não tem escritório, não tem equipamento e nenhum telefone para contato. Durante o tempo em que é procurador da empresa, esta não fechou nenhum negócio com ninguém; seu único contrato era com a ALE. Quando

> recebia dinheiro da ALE, não emitia nenhuma nota fiscal referente ao valor recebido e nem recibo. Aliás, nunca viu uma nota fiscal da empresa MPJ. Também não sabe dizer se as empresas para as quais o senhor Natan Donadon repassava o dinheiro recebido da MPJ emitiam nota fiscal para a ALE. As referidas empresas de comunicação, que recebiam dinheiro do senhor Natan Donadon, nunca emitiram nenhuma nota fiscal a favor da MPJ. Esta não tem nenhum registro contábil nem fiscal. A MPJ nunca fez nenhuma publicidade para a ALE. (...) Segundo lhe foi informado pelo senhor Mário Calixto, o contrato que a MPJ tinha com a ALE era simplesmente para legalizar os pagamentos que esta fazia aos veículos de comunicação. [Fls. 113-114.]

Observe-se que não se trata de responsabilização do acusado com base em prova meramente indiciária. O que se tem são elementos de informação em simetria com o conjunto de provas produzidas durante a instrução do processo, de modo a complementar o mosaico probatório e dar ao julgador a certeza sobre a autoria dos fatos imputados ao réu.

Os indícios obtidos na fase de investigação foram confirmados pela instrução processual, que forneceu elementos probatórios coerentes com o depoimento do corréu Omar Miguel da Cunha.

A jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal admite a invocação da delação, desde que não constitua o fundamento exclusivo da condenação (HC 75.226, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 19-9-1997; HC 71.813, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 17-2-1995; e RE 213.937, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 25-6-1999), conforme ocorre na espécie vertente.

Asseverou-se no último dos julgados mencionados:

> *Ementa: Criminal. Prova. Condenação. Delação de corréus. Invocação do art. 5º, LIV e LV, da Constituição: afronta inocorrente*. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação.

Igualmente, o HC 81.618, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 28-6-2002:

> *Ementa*: *Habeas corpus*. Pretendida declaração de nulidade da sentença condenatória, que estaria baseada apenas na delação feita por corréu. Pretensão que encontra obstáculo no reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de que não se está diante de uma condenação baseada exclusivamente nessa delação, mas que envolve outros elementos de prova, insuscetíveis de exame no âmbito restrito do *habeas corpus*.

Além disso, o art. 155 do Código de Processo Penal estabelece ser possível a condenação com base em elementos informativos colhidos na investigação, desde que amparados e em consonância com as provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Assim, o conjunto probatório dos autos revela que o réu conhecia e estava diretamente envolvido com o esquema criminoso narrado na denúncia, o que viabiliza a sua condenação.

67. Fugiria do limite do razoável imaginar que uma pessoa que exerce o importante cargo de diretor financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, ao efetuar o pagamento de serviços que custaram milhões de reais, não tivesse a obrigação de se informar se eles estariam sendo devidamente prestados.

Não se está a exigir que o acusado tivesse o absoluto controle de todos os pagamentos que eram realizados no dia a dia do funcionamento da Assembleia. O que se afirma é não é crível que o réu não tivesse conhecimento da não realização de serviços que custaram milhões de reais aos cofres públicos e foram pagos indevidamente durante meses. Mesmo porque tratava-se de serviços de publicidade, os quais têm por finalidade, exatamente, que se dê a todos amplo conhecimento daquilo que se quer divulgar.

68. Por derradeiro, constata-se que a conduta delituosa ocorreu por vinte e duas vezes. Os cheques para pagamento de serviços não prestados foram emitidos nas seguintes datas: 31-7-1995 – R$ 86.000,00 (fl. 419), 29-9-1995 – R$ 31.700,00 (fl. 423), 16-10-1995 – R$ 54.000,00 (fl. 425), 20-11-1995 – R$ 294.000,00 (fl. 427), 21-11-1995 – R$ 7.000,00 (fl. 428), 15-12-1995 – R$ 25.000,00 (fl. 430), 26-12-1995 – R$ 254.000,00 (fl. 432), 3-1-1996 – R$ 33.000,00 (fl. 434), 9-2-1996 – R$ 40.000,00 (fl. 437), 22-2-1996 – R$ 28.000,00 (fl. 438), 26-2-1996 – R$ 16.000,00 (fl. 439), 4-3-1996 – R$ 16.800,00 (fl. 441), 4-3-1996 – R$ 20.200,00 (fl. 442), 6-3-1996 – R$ 80.000,00 (fl. 443), 6-3-1996 – R$ 120.000,00 (fl. 444), 7-3-1996 – R$ 70.000,00 (fl. 446), 19-3-1996 – R$ 94.000,00 (fl. 448), 21-3-1996 – R$ 15.000,00 (fl. 449), 29-3-1996 – R$ 219.000,00 (fl. 451), 2-4-1996 – R$ 67.000,00 (fl. 453), 2-4-1996 – R$ 11.800,00 (fl. 454) e 18-4-1996 – R$ 65.000,00 (fl. 3905).

69. Dessa forma, a prova dos autos é clara para se afirmar que foram reunidos elementos de convicção suficientes para a formação de um juízo de certeza de ter o réu praticado os crimes de peculato a ele imputados, que totalizam o desvio de, pelo menos, R$ 1.647.500,00, em valor não atualizado, sendo a condenação medida que se impõe.

70. Reconhecida a procedência da imputação, atendendo às etapas de aplicação da pena previstas no art. 68 do Código Penal, tem-se que os delitos de peculato praticados pelo réu se deram pelas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Todos os crimes foram praticados no exercício do cargo de diretor financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, por meio da assinatura de cheques desse órgão e a emissão de cada um deles ocorreu com regularidade de tempo, num período total inferior a um ano.

Assim, forçoso se faz o reconhecimento da ocorrência de crime continuado, nos exatos termos do art. 71 do Código Penal.

II – Formação de quadrilha

71. A tipificação do crime de formação de quadrilha exige que pelo menos quatro pessoas se associem, em caráter estável e permanente, com a finalidade de cometer crimes.

72. Tem-se nos autos que vários cheques destinados ao pagamento dos serviços não prestados e assinados pelo réu Natan Donadon também foram assinados por Marco Antônio Donadon, réu na ação originária da qual esta se desmembrou e, na época, presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia (fls. 419, 423, 425, 427-428, 430, 432, 434, 437-439, 441-444 e 446).

Além disso, a empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda., durante o período em que recebeu os pagamentos indevidos, teve como sócios Luiz Edmundo de Andrade Monteiro, Euclides Fieri de Oliveira Júnior e Luiz Carlos Fioravanti, conforme contrato social de fls. 132-136 e 138-142, sendo os dois últimos réus no processo de origem.

Essas provas são corroboradas pelo depoimento do corréu Omar Miguel da Cunha, que afirma que:

> O senhor Mário Calixto explicou-lhe que o declarante deveria receber os valores da ALE e repassá-los aos veículos de comunicação que lhes fossem indicados pelo senhor *Natan Donadon*. (...) Embora o contrato firmado pela ALE e a MPJ tenha um fim específico, nenhum trabalho foi realizado por esta à ALE. O controle das empresas de comunicação que recebem dinheiro da ALE, através da MPJ, está com o senhor *Natan Donadon*. É o senhor *Natan Donadon* a pessoa que entregava os cheques à MPJ e dizia a quais empresas deveriam ser repassadas o dinheiro. Aliás, quando a ALE efetuava o pagamento à MPJ o declarante era chamado à ALE, o senhor Natan lhe entregava o cheque e mandava que o declarante o endossasse. Após isso, o senhor Natan pedia o cheque de volta e o descontava no banco sacado. (...) O dinheiro recebido da ALE pela MPJ nunca entrou na contabilidade da referida empresa, até porque esta não tem nenhum registro contábil. Desde que foi constituído como procurador da MPJ, esta não realizou nenhum trabalho de publicidade para quem quer que seja, e muito menos para a ALE. A referida empresa não tem nenhum funcionário, não tem escritório, não tem equipamento e nenhum telefone para contato. Durante o tempo em que é procurador da empresa, esta não fechou nenhum negócio com ninguém; seu único contrato era com a ALE. Quando recebia dinheiro da ALE, não emitia nenhuma nota fiscal referente ao valor recebido e nem recibo. Aliás, nunca viu uma nota fiscal da empresa MPJ. Também não sabe dizer se as empresas para as quais o senhor Natan Donadon repassava o dinheiro recebido da MPJ emitiam nota fiscal para a ALE. As referidas empresas de comunicação, que recebiam dinheiro do senhor Natan Donadon, nunca emitiram nenhuma nota fiscal a favor da MPJ. Esta não tem nenhum registro contábil nem fiscal. A MPJ nunca fez nenhuma publicidade para a ALE. (...) Segundo lhe foi informado pelo senhor Mário Calixto, o contrato que a MPJ tinha com a ALE era simplesmente para legalizar os pagamentos que esta fazia aos veículos de comunicação. [Fls. 113-114.]

Assim, está comprovado o envolvimento de pelo menos quatro pessoas no esquema criminoso.

73. O caráter estável e permanente da associação criminosa ficou demonstrado. Foram efetuados, pelo menos, 22 pagamentos indevidos em um período de quase um ano. Trata-se, portanto, de atuação duradoura e organizada.

74. Quanto à elementar do tipo consistente na finalidade de cometer crimes, ficou demonstrada no tópico anterior (peculato) a vontade consciente dirigida para o fim especial de praticar vários crimes de peculato, o que ocorreu na forma de crime continuado.

A prática de crime continuado é suficiente para a configuração dessa elementar do delito de formação de quadrilha. Nesse sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> o crime continuado é um benefício criado para permitir a aplicação de uma pena mais branda a quem realize mais de um delito da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, parecem ser uma continuação um do outro. É, segundo entendemos, autêntica ficção. Por isso, é plausível supor que pessoas associadas para a prática de vários roubos, por exemplo, ainda que em continuidade delitiva, possam provocar a concretização do crime previsto no art. 288. Afinal, estão agrupadas com a finalidade de cometer crimes, ainda que venham a ser considerados, para efeito de aplicação da pena, uma continuidade. Essa é a corrente amplamente majoritária na doutrina, ressaltando Paulo José da Costa Jr. que o mesmo se dá na Itália (Comentários ao Código Penal, p. 885). [NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 802.]

75. Finalmente, vale ressaltar que, quanto ao réu Natan Donadon, o delito de formação de quadrilha tem prova autônoma e independente, de modo que nada impede a condenação do acusado por esse crime, independentemente de se apurar nesses autos a responsabilidade dos demais envolvidos.

76. Sopesadas as provas carreadas, tem-se, portanto, que a versão do réu não merece guarida à míngua de qualquer substrato jurídico razoável, descortinando-se inarredável a conclusão de que sua versão revela contornos de mera tentativa de autodefesa, o que, embora seja lídimo, não pode ser tido como verossímil ou bastante a ensejar a sua absolvição.

Assim, diante dos subsídios documentais e testemunhais trazidos aos autos, têm-se como incontroversas a autoria e a materialidade dos fatos narrados na denúncia, os quais se mostram típicos, antijurídicos e culpáveis, sendo a condenação do réu medida judicial cuja adoção ora se impõe.

77. Pelo exposto, **julgo procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, para condenar o réu Natan Donadon como incurso nas penas dos arts. 288 e 312, esse na forma do art. 71, c/c o art. 69, todos do Código Penal**.

78. Em face do que estatui a Constituição da República e na forma prevista nos arts. 59 e 68 do Código Penal, *passo à individualização e dosimetria da pena*.

PECULATO

Todos os crimes de peculato praticados pelo réu deram-se em idênticas circunstâncias. Assim, para evitar repetições desnecessárias na fixação da pena de cada um dos vinte e dois crimes, passo a aplicar-lhe a pena de um deles, cuja fundamentação e quantidade passará a integrar todos os demais crimes de peculato.

Pena-base:

A culpabilidade emerge da própria conduta perpetrada *contra legem*, voluntária e conscientemente assumida pelo réu, ciente da ilicitude da conduta e assumindo, por conseguinte, as consequências do seu comportamento, que se mostra penalmente reprovável e danoso à coletividade, pois em detrimento do erário público. Tem-se que o réu agiu com dolo, com consciência plena da ilicitude de seus atos, sendo-lhe perfeitamente exigível conduta compatível com o que preconiza o direito. Assim, considero-lhe desfavorável essa circunstância.

O réu é primário e não apresenta anotação anterior, o que deve ser valorado como indicativo de bons antecedentes.

Não existem nos autos informações sobre a conduta social do réu, razão pela qual deixo de considerar essa circunstância em prejuízo do acusado, tendo-a como favorável.

A personalidade, apreciada sob o prisma das oportunidades sociais, indica que foram proporcionadas ao réu chances de uma vida digna e honesta, constando dos autos ter ele exercido o cargo de diretor financeiro da Assembleia Legislativa de Rondônia e é deputado federal. Esses fatos possibilitam apreciar a compatibilidade da imputação com as condições pessoais do réu e considerar como desfavorável a presente circunstância judicial.

Os motivos do crime são egoísticos e visam à perpetuação do réu e de sua família no poder. A prova dos autos demonstra que a finalidade do desvio de dinheiro era o pagamento de veículos de comunicação para que fizessem propaganda a favor dos interesses do acusado. Considero essa circunstância como desfavorável ao réu.

As circunstâncias do caso demonstram que foi criada uma empresa de fachada, que não emitia notas fiscais nem prestava serviços, para possibilitar o desvio do dinheiro. Além disso, houve premeditação e a simulação de um contrato lícito com a finalidade de dificultar a descoberta do crime e a apuração dos culpados, o que leva a considerar o presente item como desfavorável ao acusado.

As consequências mostraram-se graves, porque, segundo consta dos autos, a ilegalidade do comportamento adotado pelo réu alastrou-se por quase um ano e vultosa quantia de dinheiro foi desviada, o que importou em sérios gravames para o erário público.

Não há que se falar em comportamento da vítima no caso deste crime praticado.

Assim, tendo por parâmetro apenatório as circunstâncias judiciais acima balizadas e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, justifica-se o estabelecimento da reprimenda acima do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena-base em oito anos e três meses de reclusão.

Atenta às mesmas circunstâncias, fixo a pena de multa em duzentos e trinta dias-multa.

Pena provisória:

No segundo estágio de dosimetria, constata-se que não milita em favor do acusado qualquer circunstância atenuante nem lhe prejudica qualquer agravante. Assim, fixo, provisoriamente, a pena privativa de liberdade em oito anos e três meses de reclusão e a pena de multa em duzentos e trinta dias-multa.

Pena definitiva:

Na terceira fase de aplicação da pena, tendo em conta a inexistência de causas de aumento e de diminuição de pena, concretizo as reprimendas aplicadas em oito anos e três meses de reclusão, para a pena privativa de liberdade, e duzentos e trinta dias-multa para a pena de multa.

Pelo exposto, *a pena para cada um dos vinte e dois crimes de peculato praticados fica fixada em oito anos e três meses de reclusão, para a pena privativa de liberdade, e duzentos e trinta dias-multa para a pena de multa.*

CRIME CONTINUADO

Considerando que a pena aplicada para cada um dos crimes é idêntica, deve ser tomada apenas uma delas para fins de continuidade delitiva, conforme estabelece o art. 71 do Código Penal.

Passo a analisar a quantidade de aumento de pena que será imputada ao réu, considerando o disposto no art. 71 do Código Penal.

Como parâmetro para o aumento da pena deve-se levar em conta a quantidade de crimes praticados pelo acusado. Nesse sentido são as lições de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

> Em regra, o aumento da pena, em virtude do reconhecimento do crime continuado, varia entre um sexto e dois terços. O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto, o de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão. [FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código*

Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 398.]

Conforme mencionado na fundamentação desta decisão, ficou demonstrada nos autos a prática de 22 crimes de peculato, quais sejam: 31-7-1995 – R$ 86.000,00 (fl. 419), 29-9-1995 – R$ 31.700,00 (fl. 423), 16-10-1995 – R$ 54.000,00 (fl. 425), 20-11-1995 – R$ 294.000,00 (fl. 427), 21-11-1995 – R$ 7.000,00 (fl. 428), 15-12-1995 – R$ 25.000,00 (fl. 430), 26-12-1995 – R$ 254.000,00 (fl. 432), 3-1-1996 – R$ 33.000,00 (fl. 434), 9-2-1996 – R$ 40.000,00 (fl. 437), 22-2-1996 – R$ 28.000,00 (fl. 438), 26-2-1996 – R$ 16.000,00 (fl. 439), 4-3-1996 – R$ 16.800,00 (fl. 441), 4-3-1996 – R$ 20.200,00 (fl. 442), 6-3-1996 – R$ 80.000,00 (fl. 443), 6-3-1996 – R$ 120.000,00 (fl. 444), 7-3-1996 – R$ 70.000,00 (fl. 446), 19-3-1996 – R$ 94.000,00 (fl. 448), 21-3-1996 – R$ 15.000,00 (fl. 449), 29-3-1996 – R$ 219.000,00 (fl. 451), 2-4-1996 – R$ 67.000,00 (fl. 453), 2-4-1996 – R$ 11.800,00 (fl. 454) e 18-4-1996 – R$ 65.000,00 (fl. 3905).

Diante do exposto, tem-se cabível no caso dos autos o aumento da pena de um dos crimes na fração correspondente a dois terços.

Desse modo, condeno o acusado Natan Donadon à pena privativa de liberdade de treze anos e nove meses e à pena de multa em 66 dias-multa (art. 72 do Código Penal) pela prática dos crimes de peculato na forma continuada.

Considerando as condições econômicas do réu, que atualmente exerce o mandato de deputado federal, fixo o valor do dia-multa em um quinto do salário mínimo vigente ao tempo do fato, que deverá ser atualizado, na execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

FORMAÇÃO DE QUADRILHA

Pena-base:

A culpabilidade emerge da própria conduta perpetrada *contra legem*, voluntária e conscientemente assumida pelo réu, ciente da ilicitude da conduta e assumindo, por conseguinte, as consequências do seu comportamento, que mostra-se penalmente reprovável e danoso à coletividade, uma vez que em detrimento do erário público. Tem-se que o réu agiu com dolo, com consciência plena da ilicitude de seus atos, sendo-lhe perfeitamente exigível conduta compatível com o que preconiza o direito. Assim, considero-lhe desfavorável essa circunstância.

O réu é primário e não apresenta anotação anterior, o que deve ser valorado como indicativo de bons antecedentes.

Não existem nos autos informações sobre a conduta social do réu, razão pela qual deixo de considerar essa circunstância em prejuízo do acusado, tendo-a como favorável.

A personalidade, apreciada sob o prisma das oportunidades sociais, indica que foram proporcionadas ao réu todas as chances de uma vida digna e honesta, constando dos autos que ele exerceu o cargo de diretor financeiro da Assembleia

Legislativa de Rondônia e é deputado federal. Esses fatos possibilitam apreciar a compatibilidade da imputação com as condições pessoais do réu e considerar como desfavorável a presente circunstância judicial.

Os motivos do crime são egoísticos e visam à perpetuação do réu e de sua família no poder. A prova dos autos demonstra que a finalidade do desvio de dinheiro praticado pela quadrilha era o pagamento de veículos de comunicação para que fizessem propaganda a favor dos interesses do acusado. Considero essa circunstância como desfavorável ao réu.

As circunstâncias do caso demonstram que foi criada uma empresa de fachada, que não emitia notas fiscais nem prestava serviços, para possibilitar o desvio do dinheiro. Além disso, houve premeditação e a simulação de um contrato lícito com a finalidade de dificultar a descoberta do crime e a apuração dos culpados, o que leva a considerar o presente item como desfavorável ao acusado.

As consequências mostraram-se graves, porque, segundo consta dos autos, a ilegalidade do comportamento adotado pelo réu alastrou-se por quase um ano e vultosa quantia de dinheiro foi desviada, o que importou em sérios gravames para o erário público.

Não há que se falar em comportamento da vítima no caso deste crime praticado.

Assim, tendo por parâmetro apenatório as circunstâncias judiciais acima balizadas e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, justifica-se o estabelecimento da reprimenda acima do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena-base em dois anos e três meses de reclusão.

Pena provisória:

No segundo estágio de dosimetria, constata-se que não milita em favor do acusado qualquer circunstância atenuante nem lhe prejudica qualquer agravante. Assim, fixo, provisoriamente, a pena privativa de liberdade em dois anos e três meses de reclusão.

Pena definitiva:

Na terceira fase de aplicação da pena, tendo em conta a inexistência de causas de aumento e de diminuição de pena, concretizo a reprimenda aplicada em dois anos e três meses de reclusão.

Pena final:

Assim, observando a regra estabelecida no art. 69 do Código Penal, o qual determina que as penas aplicadas sejam cumuladas, **condeno, ao final, o acusado Natan Donadon à pena privativa de liberdade de 16 anos de reclusão e à pena de multa de 66 dias-multa**.

79. Segundo o critério objetivo legalmente previsto (art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal), **o regime de cumprimento de pena deverá ser o inicialmente fechado**.

80. Deixo de oferecer-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena, pois a pena privativa de liberdade de um dos crimes foi fixada em patamar superior a quatro anos, nos termos dos arts. 44, I; 69, § 1º; e 77, *caput*, do Código Penal.

81. Com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 11.719/2008, **condeno o réu a reparar os danos causados pela infração, restituindo ao erário público do Estado de Rondônia o valor mínimo correspondente a R$ 1.647.500,00, que deverá ser atualizado, na execução, pelos índices de correção monetária**.

82. Enquanto durarem os efeitos da condenação, **ficam suspensos os direitos políticos do condenado, com base no art. 15, III, da Constituição da República**.

83. Facultado o recurso em liberdade, porque não estão presentes os requisitos da prisão preventiva.

84. Após o trânsito em julgado, **lance-se o nome no rol dos culpados e expeça-se carta de sentença**.

85. **Custas pelo condenado**.

86. Para efeito da interrupção do prazo prescricional (art. 117, IV, do Código Penal), a data legal é a da sessão plenária de julgamento desta ação penal (28-10-2010), quando se tornou pública a prestação jurisdicional penal condenatória.

Nesse sentido, a doutrina leciona:

> Outro ponto que foi resolvido é a data exata de interrupção, ao menos da sentença condenatória. Dá-se no dia em que for publicada, vale dizer, entregue em mãos do escrivão, em cartório, conforme dispõe o art. 389 do CPP. **No tocante ao acórdão**, (...) a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, **reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público**. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua publicação em diário oficial (eletrônico ou não). **Esta última situação continua a prevalecer para a contagem de prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição**. [NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 583.]

É como voto.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Senhor presidente, também acompanho a ministra relatora, resolvendo a questão de ordem no sentido da continuidade do julgamento.

Para mim, está patente e evidenciado que o réu renunciou, deliberadamente, para se furtar ao julgamento por esta Corte, no dia de hoje. No dia 4 de novembro futuro, operar-se-á a prescrição, pela pena máxima, de um dos crimes imputados, não o de peculato, mas o de quadrilha. É evidente que a vontade do parlamentar que ora renunciou é continuar no Congresso Nacional, tanto o é que ele se lançou candidato nestas eleições e, embora não tenha obtido o registro, ainda estão *sub judice* recursos de sua parte visando obter esse registro. E a votação que obteve o parlamentar, senhor presidente, nobres colegas, dará ensejo a ele, caso venha o Judiciário, em algumas das suas instâncias, a lhe dar o registro definitivamente, de tomar posse em 1º de fevereiro de 2011, novamente na qualidade de deputado federal e de – portanto – jurisdicionado desta Suprema Corte.

Então, é evidente que ele renunciou, única e exclusivamente, a meu entender, para se furtar à ação penal. Aqui fica a pergunta: se já tivesse sido iniciado o julgamento, nós também declinaríamos da competência à instância inferior? É evidente que a segurança jurídica impõe um marco. Nesse sentido, eu apontaria o dia em que se colocou o processo em pauta de julgamento. A partir do momento em que se colocou em pauta para julgar, não surtirá efeito, para fins de alteração de competência dessa Suprema Corte, a renúncia do parlamentar.

Eu verificava aqui – não precisaria citar o dispositivo, digo apenas para a reflexão dos nobres colegas – o alcance do que contido no § 4º do art. 55. O § 4º do art. 55 não se refere especificamente a processos que estejam em andamento no Congresso Nacional. Dizem o *caput* e o inciso VI do art. 55:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> (...)
> VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

E o que diz o § 4º do art. 55?

> § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo [o que inclui a ação penal] terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Se viéssemos a condená-lo e se estivesse ele ainda no exercício do mandato, nós oficiaríamos à Mesa da Câmara, para fins dos dispositivos referidos no § 4º. A condenação criminal transitada em julgado pode levar à perda não só do mandato, mas também, conforme o art. 15 da Constituição, dos direitos políticos.

A propósito, senhor presidente – já tive oportunidade de me manifestar alhures a respeito disso –, sou um defensor do foro por prerrogativa de função, não vejo nisso nenhum privilégio. Pelo contrário, é uma necessidade da República de trazer a esta Suprema Corte os julgamentos de causas que se referem a determinados dignitários, exatamente para que a mais alta Corte, que é a maior Corte de Justiça do País, tenha a maior liberdade possível para fazer esses julgamentos.

Aquilo que a imprensa por muito tempo criticou, que o Supremo Tribunal Federal não condenava dignitários, há que se verificar que ocorreu na época

anterior à Emenda 35. Naquela oportunidade, até o ano de 2001, os processos ficavam represados, porque aquele que se elegia com a diplomação passava a ter a imunidade parlamentar formal e não podia ser processado criminalmente, a não ser com a autorização da respectiva Casa legislativa. A partir do momento em que houve a alteração constitucional e que os processos começaram a tramitar, senhor presidente, nobres colegas, a Corte os tem julgado. E a Corte já vem inclusive condenando parlamentares, o que tem levado outros parlamentares a tentar escapar, mediante a renúncia, ao foro por prerrogativa de função, buscando, assim, o julgamento por instâncias inferiores, para lá operar os vários e inúmeros recursos possíveis, e, desse modo, com a tramitação mais alongada do processo – aí, sim, haverá várias instâncias até a instância final –, tentar obter a prescrição da pena ou a prescrição da pretensão executiva da pena, caso condenado.

Por todas essas razões e por entender que cabe a essa Corte julgar aqueles que têm foro por prerrogativa de função, manifesto-me, nesta questão de ordem, pela continuidade do julgamento, fixando, no entanto, para o caso, como sinalização, que a renúncia operada após a colocação do processo em pauta não surtirá efeitos.

DEBATE

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, propus essa solução por ocasião da AP 333. Mas, refletindo bem, temos tanta dificuldade para instruir esses processos; eles tramitam aqui durante tantos anos. Aí eu me pergunto: é razoável esperar até o processo ser pautado para se considerar impossível a renúncia? Eu proporia uma outra solução: após o fim da instrução.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Após o fim da instrução. Adiro à proposta de Vossa Excelência.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O processo concluso para o relator, faltando apenas a elaboração do voto, sobrevindo a renúncia, permanece, prorroga-se a competência do Tribunal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): De qualquer maneira, Vossa excelência está antecipando o voto, reconhecendo a competência.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Eu adiro à sugestão do eminente ministro Joaquim Barbosa.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Estou antecipando, é claro. Propus essa solução.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, no caso Cunha Lima, manifestei-me contrariamente a essa tese por entender que a competência do Supremo Tribunal Federal, fixada na Constituição, tem caráter absoluto. E, quando o parlamentar, no caso, perde essa condição, ele deixa de gozar do

chamado "foro privilegiado". Mas, neste caso específico, considerando as peculiaridades que ele encerra e verificando que o acusado pretende furtar-se à aplicação da lei penal e obter o benefício que a lei processual penal prescreve pelo decurso de prazo, que é exatamente a prescrição, entendo que esta renúncia se opera em fraude à lei, claramente.

Portanto, nesse caso concreto, e sem me comprometer com qualquer tese, por enquanto, acompanho a relatora e o eminente revisor, para considerar a Suprema Corte competente para julgar esse caso.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também acompanho a relatora para resolver a questão de ordem, dando pela competência do Supremo.

A figura do abuso de direito não é indiferente à Constituição. A previsão é expressa, pelo menos em duas passagens de abuso de direito: § 1º do art. 54 e § 1º do art. 9º. Um abuso de direito que redunda na fraude à lei, como disse Sua Excelência, porque o objetivo maior do renunciante é obter a prescrição da pretensão punitiva do Estado. E sem falar no que advertia Ulpiano, que viveu entre cento e cinquenta e duzentos e vinte e oito anos depois de Cristo. Foi Ulpiano quem melhor cunhou aquela regra de direito natural, e, portanto, universalmente consagrada, segundo a qual não se pode tirar proveito da própria torpeza, ou da própria esperteza. O mesmo Ulpiano que também cunhou magnificamente a definição de justiça, enquanto valor objetivo: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu.

Por isso, senhor presidente, acompanho a relatora.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, essa questão faz resgate de todo o debate que levou à revogação da súmula que consagrava a *perpetuatio jurisdicionis* quando houvesse a perda do mandato.

Sabemos que a revogação da súmula se deu em um momento – o ministro Toffoli aferiu esse tema – em que o modelo desenhado no texto constitucional permitia um estado de letargia processual, de inércia processual. Não havia como dar dinâmica ao processo criminal antes de se obter a licença. Isso foi mudado em 2001, fazia parte do projeto de reforma do então candidato à Presidência da Câmara e depois foi implementado por Aécio Neves e, desde então, nós temos um outro quadro. Depois houve uma questão de ordem e o Tribunal entendeu que, inclusive àqueles casos em que havia sido negada a licença, agora teria uma retomada com o novo quadro institucional. Entendeu-se, portanto, que agora o Tribunal poderia instaurar os processos sem mais necessidade de se ater àquela ideia da licença – há manifestações claras do ministro Pertence nesse sentido.

Depois temos visto a mudança no funcionamento do próprio Tribunal, agora com o novo modelo de instrução previsto na lei: a possibilidade de juiz federal ou estadual atuar nos processos, emprestando outro quadro de celeridade também no âmbito dos processos que tramitam aqui e, eventualmente, no Superior Tribunal de Justiça. Recentemente, no meu gabinete, se verificou uma situação idêntica: ainda na fase de instrução, designada a oitiva de testemunhas, num dado processo, alguém que era deputado federal e candidato ao governo de um Estado, houve a renúncia no dia anterior à realização dessas audiências. Portanto, essa prática está se tornando comum e muitas vezes afetando a própria instrução. De modo que acredito que temos realmente de encontrar uma solução.

Mas eu me filio, como já tive a oportunidade de ressaltar, à corrente mais radical, que é aquela que assegura, pelo menos no que diz respeito aos processos da competência do Tribunal afetos ao exercício das atividades dos crimes chamados assim "funcionais", que eles sejam mantidos no âmbito do Tribunal, a despeito de eventual cessação da investidura por qualquer razão.

Vejam que a mudança certamente pode ocorrer de forma tópica ou de forma mais generalizada. A cessação da investidura pode se dar de várias formas. Se se adotar um critério, por exemplo, o critério do fim da instrução ou da colocação em pauta, isso pode fazer o sentido do ponto de vista de economia processual. Agora mesmo teremos a renovação do Congresso Nacional, e tudo indica, segundo, pelo menos os dados colhidos pelos jornais, que temos aí uma renovação de algo em torno de 50%, o que indica que, em muitos casos, teremos afetada também a competência do Supremo Tribunal Federal. Tenho a impressão de que teremos um encontro marcado com essa questão; teremos, a toda hora, de enfrentá-la.

Vou-me limitar por ora, mas gostaria apenas de pontuar essas dificuldades para acompanhar a questão de ordem – o voto da relatora – e deixar em aberto para a fixação de algum critério. Acredito teremos realmente necessidade de adoção de algum critério que talvez seja mais genérico do que aquele que está sendo proposto, seja no voto do ministro Toffoli, seja no voto do ministro Joaquim Barbosa. Vamos, portanto, aguardar para que tenhamos talvez uma reflexão mais madura sobre o assunto.

Parece notório o abuso, a tentativa de frustração. No caso, a relatora demonstrou que, inclusive verificada a renúncia e a perda da nossa competência, restará implementada a prescrição. O que realmente leva à frustração completa da jurisdição criminal, da Justiça criminal. Parece-me que tem de haver mecanismos, antídotos contra esse tipo de prática. E nisso o modelo difere claramente – como já disse o ministro Lewandowski – do caso anterior, o precedente de Cunha Lima, no qual havia a possibilidade de se fazer a Justiça criminal no âmbito do Tribunal do Júri, tal como se evocava.

De modo que, com essas considerações e tendo em conta que teremos de encontrar uma saída – até porque, diante da dinâmica que hoje os processos criminais estão assumindo entre nós, cada vez mais se torna frequente o uso dessa

prática –, acompanho a sugestão, a recomendação trazida, na questão de ordem, pela ministra Cármen Lúcia.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, também acompanho a proposta da ministra relatora, levando em consideração que o Tribunal não pode admitir essa manipulação de instâncias para obter efeito de prescrição de pelo menos um dos delitos que está sendo imputado. Portanto, o uso, nestas circunstâncias, do direito que tem o parlamentar de renunciar configura, na verdade, um abuso desse direito.

As circunstâncias muito peculiares do caso que foram retratadas pela eminente relatora nos levam a essa situação de perplexidade, alguém que hoje está perante o foro do Supremo Tribunal Federal renuncia, para encaminhar-se às primeiras instâncias – mas com uma eleição já garantida para o próximo ano, e poderá, portanto, retornar ao Congresso Nacional, retornando, assim, à nossa jurisdição.

De modo que acompanho, sem qualquer dúvida, a solução encontrada pela eminente relatora, para este caso. Deixo em aberto a solução; enfim, os parâmetros a serem fixados no futuro.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, limito-me à questão instrumental porque está consubstanciada na colocação da ministra Cármen Lúcia. E não posso, evidentemente, potencializar o fundo da ação penal para posteriormente voltar a ela.

A competência do Tribunal há de ser apreciada em primeiro lugar. Constato que, pouco a pouco, a renúncia vem merecendo a excomunhão maior e receio que, muito cedo, não se tenha mais esse instituto no cenário jurídico. O móvel da prerrogativa de ser julgado pelo Supremo, o que é fato e precisa ser considerado pela Corte – e não sei se há realmente uma prerrogativa, porque o direito de defesa, ante a tacada única no pronunciamento, no crivo, acaba por prejudicar o próprio detentor dessa chamada prerrogativa –, já não existe, porque o réu desta ação penal não integra mais o Congresso Nacional. E sabemos que a competência do Supremo é de direito estrito. É o que se contém na Carta da República e nada mais.

Poderíamos ter, presidente, o obstáculo do § 4º, quanto à eficácia da renúncia, ato de vontade que surte efeitos imediatos, excetuada essa situação jurídica contemplada no § 4º do art. 55 da Constituição Federal? Poderíamos ter a incidência do § 4º, a revelar que:

> Art. 55. (...)
> (...)
> § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo [a cláusula é importantíssima e não podemos cogitar, aqui, do óbice à eficácia da renúncia pela simples existência

de uma ação penal ainda em curso] terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Para que haja a deliberação de que trata o § 2º do art. 55, o que a Carta da República requer? Uma decisão criminal trânsita em julgado, já coberta pela preclusão maior. Aí, sim. Se houver e já tiver sido instaurado o processo no Parlamento, na Casa do Parlamento de que versa o § 2º, há a atração do disposto no § 4º do art. 55 da Constituição Federal.

Presidente, até mesmo pelo fato de sermos os guardas maiores do Diploma Maior, não podemos aditá-lo. Não podemos inserir, no § 4º do art. 55 em comento, o que nele não está contemplado. A meu ver – é a minha óptica, a minha ciência, a minha consciência –, o que cumpre ao Supremo é constatar o fato de o réu da ação penal não ser mais membro do Congresso Nacional. Em se tratando de um direito potestativo, como é o relativo à renúncia, custa-me muito vislumbrar nessa renúncia, sem considerar até mesmo a autodefesa, própria ao processo penal, um abuso no exercício do direito.

Peço vênia aos colegas, à maioria já formada, para dissentir e assentar: com a renúncia operada, com o fato de o réu ter deixado de ser membro do Congresso Nacional, cessou a competência do Tribunal e cessaria também se o julgamento estivesse em curso e não concluído.

É como voto.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Peço vênia ao eminente ministro Marco Aurélio, para acompanhar a maioria que já se formou.

Vou apenas relembrar que, no meu longo voto que tratei da questão na AP 333, já adverti a Corte sobre a possibilidade de o expediente usado naquele processo vir a repetir-se, como se repete, e como prenuncia que se repetirá, se a Corte não tomar uma posição – como está tomando – e pôr fim, de um modo absoluto, a essas tentativas de subtrair à Corte a sua competência constitucional. E disse, na oportunidade, que, do ponto de vista prático, esses expedientes transformariam a Corte na velha categoria dos juízes preparadores de primeiro grau, que eram os juízes substitutos, com poucos meses de exercício e de tirocínio, que ficavam preparando processos para que outros juízes o julgassem; transformaria a Suprema Corte em preparadora de julgamentos de juiz de primeiro grau! Isto é, perderíamos tempo, impedidos de julgar outras causas, porque normalmente esses processos de caráter penal são extremamente trabalhosos e subtraem tempo precioso desta Corte para outros processos, e nosso trabalho acabaria servindo apenas como material para os juízes de primeiro grau virem a julgar.

Mas quero deixar esses aspectos de lado e voltar ao ponto de vista jurídico. Naquela oportunidade, sustentei que a renúncia não deveria operar, sob o ponto de vista do abuso do direito, perante o qual não se poderia reconhecer, sob esse

nome tradicional na dogmática jurídica, a existência de direito subjetivo. É caso em que, metodologicamente, na verdade, não há direito subjetivo nenhum, porque o ato praticado perde o substrato, perde, vamos dizer, o fundamento axiológico que o estrutura como direito subjetivo. Um ato predestinado a obter um fim pouco lícito, ou eticamente pouco sustentável, evidentemente não pode corresponder à categoria jurídica do direito subjetivo.

Enfrentei também a questão sob o ponto de vista da *perpetuatio iurisdictionis*. Mas agora eu queria enfrentar a questão sob um terceiro ponto de vista jurídico, que é o da fraude à lei. A fraude à lei, expressão na qual a palavra "fraude", evidentemente, não tem conotação de malícia, mas significa apenas frustração da aplicação da lei, me parece absolutamente desenhada e caracterizada no caso.

Em que consiste a fraude à lei? Consiste em valer-se o interessado de norma jurídica que lhe permitiria a prática de determinado ato, para, com sua prática, obter a não incidência de regra cogente que deveria incidir sobre o caso.

Pontes de Miranda, no seu "Tratado", quando examina profundamente essa questão – se não me falha a memória –, diz assim: o que a fraude à lei mostra é exatamente a tentativa do interessado em supor que o juiz que vá aplicar a norma erre, aplicando a norma que não incide, em dano da norma cogente que deveria incidir e não é aplicada. É exatamente o que parece, a meu ver, com o devido respeito, caracterizar-se no caso. Por quê? Porque, valendo-se da categoria permitida da prática de renúncia – porque norma jurídica permite a renúncia –, o que se pretende, na verdade, não é tanto obter o efeito típico da renúncia, mas é evitar a incidência da norma cogente de caráter penal, que incidiria em caso de condenação, mediante a ocorrência de prescrição. Noutras palavras, pratica-se um ato aparentemente lícito para obter o quê? A não aplicação, a não incidência de uma norma cogente, no caso, de caráter penal, pela interposição da consumação da prescrição.

Razão por que, pedindo máxima vênia ao ministro Marco Aurélio, eu vou acompanhar a douta maioria. E vou propor à Corte, pelas particularidades que cada ato de renúncia pode tomar em cada caso concreto – nem seria o caso, nem seria necessário aqui –, que nós não fechemos questão quanto à tipificação. Eu acho que cada caso a Corte terá oportunidade de examinar. Pode ser que, antes mesmo de terminar a instrução, fique caracterizada uma fraude à lei; basta que esteja em vias de prescrição. E o Tribunal teria tempo de julgar.

Imaginem Vossas Excelências o seguinte caso: uma instrução que não se encerrou ainda no Supremo, mas que, para se encerrar, por exemplo, leve dois, três ou seis meses. Como a parte sabe que, se os autos forem remetidos para o primeiro grau, até que transite em julgado a sentença, decorrerão anos, a prescrição vai se consumar. E nesse caso não se pode deixar de reconhecer também a fraude à lei.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Foi o que aconteceu na AP 333.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pois é. E nós temos aí uma infinidade, uma infinidade não, mas um elevado número de ações penais cuja competência nós poderíamos perder, exatamente com o uso desse estratagema, que eu considero inteligente, mas absolutamente ineficaz.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Vamos deixar, então, a discussão para...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Deixar a discussão e, caso por caso, reconhecer que eventualmente pode até uma renúncia, em certas circunstâncias, ser considerada absolutamente eficaz.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, inclusive é importante até ressaltar que esse tipo de estratagema vem sendo utilizado exatamente porque a Justiça criminal, a jurisdição criminal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ganhou um ritmo adequado. Exatamente por isso é que se está a verificar esse tipo de reação, porque, no modelo anterior, pré-emenda 2001, os processos não andavam. E, posteriormente, a sua dinâmica também não era exatamente a mais intensa.

De modo que essas práticas que se têm revelado, a partir de renúncias que se têm multiplicado... Eu mesmo dava notícia desse caso recente, em que reconheci que não se realizariam as audiências por parte do juiz da instrução, mas a própria Justiça Federal do Estado realizou-as sem haver nenhuma interrupção. Talvez até tenha que haver esse tipo de conexão, de articulação entre o Supremo Tribunal Federal e as instâncias de primeiro grau. Mas isso é resultado exatamente da dinâmica que se vem imprimindo à jurisdição criminal no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Aliás, bem reforçado pela perplexidade, em que me ponho, de saber por que o réu abre mão da prerrogativa de ser julgado pela mais alta Corte, presumidamente mais capacitada para reconhecer-lhe a inocência, preferindo ser julgado por juiz de primeiro grau. É uma experiência, realmente um fato que me deixa perplexo. Mas, enfim, que só reforça meu ponto de vista.

O sr. ministro Ayres Britto: Sem falar, presidente, que internamente, lá na Câmara, ele não poderia renunciar para trancar o processo. Então, ele quer fazer exogenamente, perante o Supremo, o que não pode fazer internamente, lá na Câmara dos Deputados.

DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu suscito uma questão à Corte em relação ao crime de quadrilha.

Como os demais membros, cujos números comporiam o número mínimo de quadrilha, não são réus neste processo, tenho certa dificuldade – a menos que eles já tenham sido condenados definitivamente em outro juízo – de reconhecer a caracterização desse crime. Porque nós poderíamos chegar à seguinte contradição prática: suponhamos que eles sejam todos definitivamente absolvidos desse crime no outro juízo competente; teríamos apenas a atividade imputada a este réu. Não há como reconhecer crime de quadrilha imputada a único réu.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Presidente, nós temos jurisprudência no sentido da possibilidade do desmembramento.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se é jurisprudência, sim, mas...

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Sim. Eu estou apenas iniciando o meu raciocínio para dizer...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Uma dificuldade teórica. Nós teríamos de reconhecer que eles se juntaram em número mínimo. Então, o requisito que eu considero, com o devido respeito, necessário, é que houvesse prova da condenação dessa atividade dos demais membros da quadrilha, de modo que o tipo penal possa estar plenamente preenchido.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Por isso eu disse que a prova era independente e autônoma de todos os fatos. Claro que não poderia me manifestar sobre um juízo, sobre os fatos imputados aos outros pela singela circunstância de que há desmembramento.

Mas lembrou bem o procurador-geral, e, como eu disse, o Supremo fixou, na AP 336, exatamente esta conclusão:

> A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

É exatamente o caso. E mais: se nós temos a competência para julgar um deputado federal e não temos quanto aos outros, que comporiam o bando, então se dá o desmembramento. E, se o juiz de primeira instância não quiser julgar, ele amarra a competência do Supremo? Ele frustra a norma constitucional? Segundo, digamos que há – lembrou o ministro Dias Toffoli, numa conversa – um crime de quadrilha em que alguns tenham, pela idade, por exemplo...

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Menores de dezoito anos, inimputáveis.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Ou seja, inimputáveis.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Não afasta a tipificação de quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Quer dizer que uma autoridade federal pode estar sob a nossa jurisdição, que teria cometido o crime, mas que nós somos proibidos de julgar. A Constituição, como dizia Rui Barbosa, não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministra, não é problema de proibição de julgar.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Sim, mas nós não poderíamos julgar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É o problema de reconhecer a tipicidade do fato. Não é problema só de julgar.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): E, aqui, eu estou reconhecendo a nossa competência.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se a Corte abre mão de julgar em conjunto, com base na sua competência sobre um corréu que tenha a prerrogativa de foro, os demais membros, resolve desmembrar, então corre o risco de chegar

a um impasse, a uma contradição desse tipo. Ou seja, vai reconhecer crime de quadrilha aqui, quando, noutro juízo que o próprio Supremo reconheceu como competente, por desmembramento, se decidiu que não houve crime de quadrilha!

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Seria em tese, não é ministro?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Aí, teríamos crime de quadrilha tipificado pela atuação de um único membro!

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Não.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Como não? Se eles forem absolvidos noutro juízo por crime de quadrilha...

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não, porque, neste caso, o que Vossa Excelência põe, em tese possível, dificilmente haveria uma absolvição na instância inferior com trânsito em julgado, porque o Ministério Público não deixaria de recorrer até chegar aqui, obviamente. Então, se é para raciocinar em tese...

A sra. ministra Ellen Gracie: Ou então seria o caso de mudarmos radicalmente a jurisprudência e não admitirmos qualquer desmembramento.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Mudarmos a jurisprudência e dizer que é proibido. E mais: neste caso, ministro, quando veio aqui, a ministra relatora inicial era a ministra Ellen, só vieram os autos deste. Por isso a ministra Ellen Gracie confirmou. Quando os autos estavam no Tribunal de Justiça, por causa do irmão do corréu, do então presidente da Assembleia, pediram que houvesse o desmembramento. Foi para a primeira instância. Ele pediu que fosse, então, depois. E, quando veio aqui, só veio para o Supremo Tribunal Federal – a relatoria era da ministra Ellen Gracie, que confirmou – este tipo, porque foi este o pedido. Quer dizer, então como é que é? Estão manipulando o tempo todo?

A sra. ministra Ellen Gracie: Ministra, é isso o que eu chamo de manipulação de instância.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas eu tenho um probleminha só: suponhamos que a quadrilha, do ponto de vista das denúncias, seja composta de quatro membros: três deles são absolvidos da acusação num juízo. Como é possível condenar, noutro juízo, o único membro suposto de uma quadrilha que não se caracterizou?

O sr. ministro Ayres Britto: Mas aqui é o contrário: nós estamos julgando primeiro. Eles não foram julgados lá.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Nós estamos julgando primeiro e já houve, como eu disse, uma primeira condenação, que não é definitiva, que Vossa Excelência perguntou, estou respondendo. Mas já houve. Antes desse aqui que seria corréu, já houve uma condenação no Tribunal de Justiça.

A sra. ministra Ellen Gracie: E haveria recurso, no caso de absolvição.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): E há ainda?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, no caso do "mensalão", se não estou enganado, houve a seguinte situação: uma denúncia por quadrilha, o número necessário para a configuração da quadrilha ficaria incompleto em razão da delação premiada. E o Tribunal aceitou.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas aí é diferente; é um pouco diferente.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: É mais grave. É mais grave ainda, porque nem houve denúncia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Na delação premiada, há implícita a admissibilidade da prática do crime.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não. Nem houve denúncia.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Houve desmembramento em outros casos aqui.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: E houve denúncia em outra instância.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu quero saber como é que nós resolveremos o problema teórico. Condenar alguém, um único membro da quadrilha?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Estou tentando resolver o problema prático deste processo.

A sra. ministra Ellen Gracie: Resolver o caso concreto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu ousaria fazer duas ponderações: em primeiro lugar, penso que nós cairíamos numa espécie de um círculo vicioso, porque nós não podemos condenar aqui por crime de quadrilha uma vez que temos que aguardar a primeira instância. E, por outro lado, a primeira instância também tem que aguardar o Supremo Tribunal Federal, dependendo do número de réus. Esse é o primeiro aspecto.

O segundo aspecto, senhor presidente, caso ocorresse essa possibilidade, ou caso ela venha a ocorrer, de haver a absolvição quanto ao crime de quadrilha no tocante aos demais réus, caberia sempre uma ação revisional. Cito, aqui, o art. 621:

> Art. 621. A revisão criminal dos processos findos será admitida:
> (...)
> III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

E a ação de revisão, como nós sabemos, segundo o art. 622, cabe a qualquer tempo.

Diz o art. 622:

> Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Portanto, ainda que ocorra essa hipótese, penso que existem instrumentos processuais para reverter uma eventual injustiça.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, com o devido respeito, Vossa Excelência não satisfaz a minha dúvida. A minha dúvida é: como nós podemos reconhecer um crime de quadrilha, sem reconhecer atividade criminosa de todos os membros?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É porque nós cairíamos numa aporia, senhor presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nós temos que reconhecer atividade criminosa dos outros membros, ministro.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Digamos que os outros morressem. Quer dizer que acabou o crime?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Como é que vamos reconhecer crime de quadrilha, atividade de criminosos de um único membro?

O sr. ministro Ayres Britto: O desmembramento passaria a operar como um *bill* de indenidade contra a...

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Claro. E um esvaziamento da competência do Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Esse caso é resultante de um mau desdobramento. No crime de quadrilha, não pode haver desdobramento, sob pena de cairmos nessa aporia. Como é que vamos reconhecer o crime de quadrilha, que supõe atividade criminosa de pelo menos três membros, reconhecendo de um único? Nós não podemos reconhecer a dos outros!

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Quando o crime é praticado com a participação de menor de dezoito anos, presidente, há juízos distintos. No caso de um único adulto praticar crimes em quadrilha com menores, esses menores não serão julgados com o adulto. Eles são inimputáveis. E o adulto será julgado sozinho, isoladamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não serão julgados como adultos, mas serão julgados segundo sua condição.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Mas o adulto será julgado sozinho.

O sr. ministro Ayres Britto: Havendo provas suficientes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Suficientes... Como eu disse, a prova aqui é independente, autônoma e forte.

O sr. ministro Ayres Britto: Para tipificar o crime de quadrilha.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Questão insolúvel.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Para tipificar. O corréu, como eu li, passa a informação: recebia de tanto, mandava o cheque, endossava, ele saía, tudo devidamente comprovado que havia outros.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu sei, ministra. Mas aí se trata de mera motivação da decisão. O que vale é o juízo a respeito dessa atividade no juízo competente. Se o juízo competente disser assim: "não está provada a existência da quadrilha". Ele, portanto, diz que os demais membros não praticaram crime. Como é que nós ficamos?

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): Senhor presidente, posso fazer um esclarecimento de fato?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra relatora.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Claro.

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): Senhor presidente, salvo engano – não tenho certeza, dependerei de uma consulta –, mas eu tenho quase certeza que essa primeira condenação declarou a prescrição da pretensão punitiva, ou seja, em um momento em que vigorava ainda a presunção de inocência em relação ao crime de quadrilha com os corréus – Tribunal de Justiça de Rondônia.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não é isso que se tem nas informações.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Não é isso que consta nas informações disponíveis na internet.

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): Só em relação ao crime de quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): É de crime de quadrilha mesmo que se tem informação diferenciada.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas é irrelevante.

A sra. ministra Ellen Gracie: O esclarecimento deve ser sobre fatos concretos e certos.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Sobre fatos concretos e certos, esclarecimento de fato, e não de suposições.

O sr. ministro Ayres Britto: Não está esclarecendo.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O que interessa é que a conduta dele é criminosa. É isso que interessa, mais nada.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): O acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia aponta outra solução para o caso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a conduta dele é criminosa, desde que se prove que é criminosa também a conduta dos demais que, no mínimo, compõem a quadrilha, porque um sozinho não pode ter conduta criminosa a esse título.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Eu acompanho a eminente relatora, senhor presidente, pedindo vênia a Vossa Excelência. Entendo que é possível esse desmembramento. Há casos em que esses desmembramentos ocorrem por obrigação legal – acabei de citar o exemplo de uma quadrilha em que há um único adulto e três partícipes menores de idade. É possível, também, que haja na quadrilha maior de setenta anos, que haja uma prescrição, ou que não haja uma condenação, visto que o prazo prescricional para os maiores de setenta anos e os menores de 21 corre pela metade – esses nunca serão condenados. Uma pessoa de trinta anos forma uma quadrilha com três com 75; durante a instrução do processo, ainda em relação aos que têm mais de setenta anos, opera-se a prescrição; nesse caso, não haverá condenação em relação a eles, nem para fins da declaração da prescrição da pena em concreto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, o problema é que este caso não corresponde a nenhuma hipótese que Vossa Excelência está levantando.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Acho que o ministro revisor está dizendo como é possível julgar isoladamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é menor, não é caso de maior de setenta anos, não é caso de invocar essas supostas exceções.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): O que eu estou a dizer, senhor presidente, de maneira bastante clara, é que não é necessário que haja uma única ação contra todos os integrantes da quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Presidente, o que o ministro revisor está a afirmar, e com o que concordamos nós dois, é exatamente a possibilidade aventada, como disse Vossa Excelência, em tese – para usar a expressão de Vossa Excelência –, de que pode sim. Digamos: num crime de quadrilha, três são foragidos, nunca mais se encontram, foi preso o outro. Quer dizer que acabou, com isso acaba.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): (Cancelado)

A sra. ministra Ellen Gracie: Já que as participações estão perfeitamente delimitadas.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): A jurisprudência deste Tribunal é nesse sentido.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não em todas as hipóteses, ministro. Nesta hipótese aqui, nada impediria que a atividade de todos os acusados fosse examinada por esta Corte. A Corte resolveu desmembrar, agora está correndo o risco de, eventualmente...

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não foi o Tribunal que resolveu desmembrar, desculpe. A ministra Ellen recebeu exclusivamente o processo relativo ao deputado federal.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Já havia denúncia recebida lá.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Quem desmembrou foi o Tribunal de Justiça, afirmando tal situação com base na jurisprudência do Supremo. Só para esclarecer.

A sra. ministra Ellen Gracie: E mantive o processo assim desmembrado com base na jurisprudência tranquila da Corte.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): De qualquer sorte, senhor presidente – eu não encerrei o meu voto –, pedindo vênia novamente, por suas ponderadas razões, a Vossa Excelência, reitero que a possibilidade de se processar em juízos distintos pessoas acusadas de formar uma mesma quadrilha é da jurisprudência não só do Supremo Tribunal Federal, mas de várias instâncias do Poder Judiciário brasileiro, conforme julgados trazidos em diversos códigos penais comentados. Deixo de citá-los aqui para não aborrecer os colegas.

Provavelmente, haverá situações concretas em que pessoas pertencentes a uma quadrilha sequer serão julgadas. Dei o exemplo da prescrição para o maior de setenta anos que pode resultar em que uma única pessoa seja condenada por quadrilha. Sim, há precedentes. Há, ademais, a questão do menor, inimputável, que participa de quadrilha, o que não a descaracteriza.

Essas são as razões que trago, senhor presidente, às quais adito o fato trazido pelo eminente ministro Ricardo Lewandowski: caso em recurso venham a ser absolvidos os outros corréus, evidentemente que esse corréu também o será, por meio da anulação da decisão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nesse caso, ministro, nós vamos condenar por presunção.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Existe solução, não vejo aporia nesse caso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos condenar por presunção, e se, amanhã ou depois, ficar provado, fazemos uma revisão.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Senhor presidente, a convicção está formada. Não vejo aporia no fato de estarmos condenando esse réu por formação de quadrilha estando pendente recurso em relação a outros corréus, em outro juízo ou em outra instância. Sejam futuramente absolvidos aqueles ou seja esse absolvido futuramente por alguma razão, nos embargos, enfim, não sei o que possa vir a ocorrer no futuro, não sou futurologista, o fato é que há solução no sistema jurídico caso isso ocorra. Como há solução, emprestando as palavras trazidas pelo ministro Ricardo Lewandowski, entendo que não há nenhum imperativo normativo ou lógico a impedir que se julgue isoladamente esse réu por formação de quadrilha.

É como voto, presidente, nessa questão de ordem.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, com a devida vênia, com as razões que já expus, também entendo que estão configurados os crimes dos arts. 288 e 312, formação de quadrilha e peculato.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Presidente, quanto à preliminar, peço vênia a Vossa Excelência, acompanho a divergência. Também entendo que há solução no sistema jurídico, e mais, há solução na jurisprudência do Supremo. Mencionei, ainda há pouco, um caso que me parece bastante elucidativo dessa solução que existe. Na AP 470, esta Corte recebeu a denúncia numa situação em que nem se configurava o crime de quadrilha "em tese". Por quê? Porque dois foram denunciados e dois formularam delação premiada, e o Tribunal acolheu a denúncia por formação de quadrilha. Então, em tese, sequer configurada estaria, caso a tese suscitada por Vossa Excelência fosse aceita.

Então rejeito essa preliminar.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, preliminarmente, rejeito a alegação de nulidade da presente ação penal. Apesar de as provas terem sido colhidas diretamente pela Procuradoria-Geral da República, tratava-se de inquérito civil para apurar notícias de improbidade administrativa.

No mérito, relativamente ao crime de formação de quadrilha, a conduta narrada na denúncia se enquadra no tipo penal: os acusados se reuniram previamente à prática do crime de peculato, com o fim de cometer os crimes contra o patrimônio público posteriormente verificados – causando prejuízo de R$ 8.400.000,00.

Quanto ao desmembramento, a jurisprudência do STF é remansosa no sentido da sua possibilidade, mesmo em caso de formação de quadrilha, não havendo obstáculo ao julgamento isolado de um de seus membros.

Nesse sentido, Inq 2.527, rel. min. Ellen Gracie: "Relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há 'a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal)' (AP 336-AgR/TO, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-12-2004)". Outros precedentes, todos do Plenário: Inq 2.051, AP 493 e AP 336.

A eventual incompatibilidade entre decisões poderá sempre ser corrigida, seja por meio de recurso, antes do trânsito em julgado, seja por meio de petição ao juízo competente para a execução da pena, depois do trânsito.

Quanto ao mais, a alegação de maior relevo da defesa diz respeito à colheita das provas, alegando que a maioria foi colhida na fase inquisitorial civil, sem participação da defesa.

Contudo, as testemunhas (especialmente *Carlos Alberto Vanzella*, *Kátia Maria Tavares das Neves* e *Sandra Galdino Leite de Souza*) foram novamente ouvidas em juízo, quando disseram que reafirmavam as declarações prestadas perante o Ministério Público do Estado de Rondônia. Nessa oportunidade, a defesa poderia ter contraditado as declarações por elas prestadas, questionando as afirmações de que não houve qualquer veiculação de material publicitário da Assembleia Legislativa em televisão, jornais ou rádio, ou ainda as declarações no sentido de que sequer foi apresentada nota fiscal referente ao suposto serviço de publicidade contratado pelo réu e demais acusados.

Todas as testemunhas trabalharam no departamento financeiro e afirmaram que o réu *Natan Donadon* foi o diretor do departamento financeiro durante a gestão do deputado estadual *Marcos Donadon*, seu irmão, como presidente da ALE/RO. Por sua vez, o réu afirmou, em seu interrogatório, nada ter a alegar contra essas testemunhas.

Quanto às declarações do corréu *Omar*, embora não tenham sido reproduzidas em juízo (pois não compareceu ao interrogatório), podem mesmo assim ser valoradas, uma vez que estão juntadas aos autos e a defesa teve oportunidade de se manifestar sobre elas, não apontando qualquer motivo razoável para que fossem desconsideradas. Ao contrário, o réu *Natan Donadon*, em seu interrogatório, afirmou não ter nada contra o corréu. De acordo com *Omar*, o réu *Natan Donadon* era responsável por efetuar saques de cheques da ALE/RO emitidos em nome da empresa contratada, com o fim de remunerar outros corréus e também veículos de imprensa (dentre os quais um jornal pertencente a um dos corréus), com o suposto fim de garantir *a ausência de matérias jornalísticas sobre os fatos narrados na inicial*.

Portanto, as provas constantes dos autos conduzem a uma única conclusão possível: de que o réu, no exercício do cargo de diretor financeiro da ALE/RO, emitiu cheques em favor da empresa MPJ, contratada por seu irmão através de fraude à licitação, sem prestação de qualquer serviço à ALE/RO e sem a contra-apresentação de notas fiscais que pudessem atestar o direito da empresa ao pagamento.

Acompanho a relatora e voto pela procedência da ação penal e condenação do réu.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, compreendo a preocupação de Vossa Excelência quando, à primeira vista, julgado este processo, se sinaliza que haveria quadrilha composta de uma única pessoa. Esse fato gera – e fato ligado à relação subjetiva do processo – certa perplexidade.

Tenho sustentado que a competência do Supremo é de direito estrito. Diz respeito apenas àqueles que gozam de prerrogativa de foro. Normas processuais comuns, como são as alusivas à continência, à conexão, não alteram, elastecendo-a, essa competência.

O que ocorreu na espécie? Uma articulação em torno de haverem se associado mais de três pessoas com o fim de cometer crime ou crimes. A denúncia foi formalizada em conjunto, como realmente competia fazer, considerado esse crime específico. Deu-se, a meu ver de forma acertada, o desmembramento, vindo para o Supremo a ação penal quanto ao detentor da prerrogativa.

Indago: essa circunstância – e firmada a premissa de que normas processuais comuns não alteram a competência do Supremo – é conducente a chegar-se à conclusão sobre, praticamente, a impunidade, considerado o tipo do art. 288 do Código Penal? Ou seria o caso de observar-se a continência que tem trato no Código de Processo Penal e reunir-se as ações? Excluo essa reunião peremptoriamente.

Presidente, penso que importante, na espécie, é atentar para a causa de pedir apontada na inicial do Ministério Público e que acabou – ante a prova e sem que se possa assentar, porque há fundamento, a culpa dos demais – por levar ao convencimento sobre a configuração do tipo do art. 288.

Essa forma de raciocinar, penso – e precisamos considerar esse aspecto, talvez observando o disposto no art. 469, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual os fundamentos da sentença, muito embora indispensáveis, não fazem coisa julgada –, é uma consequência da premissa básica que sempre lanço sobre o caráter estrito, constitucional, estritamente constitucional, da competência do Supremo.

Por isso, sem deixar de reconhecer que para o leigo – talvez tenhamos um caso para laboratório jurídico – a condenação do réu deste processo, condenação isolada pelo crime de quadrilha, leve a certa perplexidade, sem deixar de reconhecer a procedência da preocupação de Vossa Excelência, peço vênia para acompanhar a relatora, ou seja, voto no sentido de que o Ministério Público se desincumbiu de provar a tipologia do art. 288 do Código Penal, a partir do que articulado neste processo e da prova coligida quanto a esse réu.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou pedir vênia à douta maioria, mantenho o meu ponto de vista e voto pela absolvição do réu quanto ao delito de quadrilha.

Trata-se de crime evidentemente plurisubjetivo, e, em se tratando desse tipo de crime, em que é preciso que, para a sua tipificação, fique provada a associação, ou seja, a ação de pelo menos quatro pessoas, a mim me parece, do ponto de vista jurídico, que não há tipificação, se se biparte ou fragmenta o juízo sobre atividade de todos aqueles aos quais se imputa o fato da associação. Ou seja, se

associação significa atividade de várias pessoas, é preciso, para o reconhecimento do crime do qual a associação é pressuposto típico indispensável, que haja juízo do órgão competente, ou dos órgãos competentes, afirmando que houve associação.

Ora, se se biparte o processo por razões "a" ou "b", quando na verdade seria caso de conexão, ou se se biparte correndo o risco de chegarmos a um resultado final contraditório em juízos diferentes, o que nós temos? É apenas juízo sobre a atividade de uma única pessoa. Por quê? Porque o Supremo, no caso, não tem competência alguma para decidir se a atividade dos demais membros é, ou não, criminosa. O Supremo simplesmente não tem competência para isso. Eles não são réus deste processo, portanto é irrelevante para o Supremo Tribunal Federal, do ponto de vista da competência, se eles praticaram, ou não, esse crime, porque o Supremo não pode fazer nenhum juízo a esse respeito. O Supremo se reservou examinar apenas a atividade deste réu.

Ora, este réu sozinho, como objeto do juízo do Supremo, não pode ter cometido o delito de quadrilha, a menos que o juízo competente, que examina a atividade dos demais supostos membros da quadrilha, os tenha definitivamente condenado por essa mesma suposta associação. Fora disso, o Supremo Tribunal Federal estaria reconhecendo a associação de uma única pessoa, porque não pode reconhecer que o réu se aliou a outras pessoas na mesma atividade, simplesmente porque não tem competência para se pronunciar sobre a atividade dos demais supostos membros que não estão sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Sendo o crime plurisubjetivo, tem que haver mais de um sujeito ativo. E nós não temos competência, infelizmente, para dizer nada sobre a atividade dos demais pretensos agentes do crime.

Não quero entrar nas razões pelas quais o Tribunal deixou de manter íntegro o processo para efeito de conexão, quando poderia tê-lo feito, poderia ser caso de rejeição da denúncia, ou caso de avocação. Enfim, havia remédio jurídico. Se o Tribunal resolveu desmembrar, está agora, a meu ver, diante dessa dificuldade de ter que reconhecer crime de quadrilha de um só membro sobre o qual tem competência para dizer que cometeu o crime, sem poder reconhecer a ação de outros membros!

Razão por que peço vênia para absolver o réu do delito de formação de quadrilha.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Qual é a pena-base fixada por Vossa Excelência para o peculato, ministro?

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Foram cinco anos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Cinco anos de reclusão.

O sr. ministro Marco Aurélio: Cinco anos redondos? Como a ministra fixa a pena-base para o peculato?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Fixo em oito por terem cinco circunstâncias desfavoráveis já na primeira fase. Das oito, cinco são desfavoráveis. E o ministro considera seis desfavoráveis. Porém, ele entende que é menos.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Eu faço uma ponderação para a pena-base.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas Vossa Excelência fixa trinta dias-multa apenas?

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Fixei apenas trinta dias-multa.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): É o mínimo.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: É o mínimo. De 30 a 360.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É que o seu valor-base é maior.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Mas sobre ele eu aplico os acréscimos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O valor-base dele é maior. Ele, um salário mínimo, e o de Vossa Excelência é meio, não é isso?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): É.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas há uma discrepância expressiva: o dela é duzentos...

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): Senhor presidente, posso fazer um esclarecimento?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pois não. Alguma questão de fato?

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): De fato. Sim.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra relatora?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): À vontade.

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): É só para esclarecer ao ministro Dias Toffoli que, na denúncia, em momento algum sustentou-se essa causa de aumento de pena nem se pleiteou essa causa de aumento de pena nas alegações finais. Não houve defesa quanto a isso.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Ela está descrita na denúncia.

O sr. Bruno Rodrigues (advogado): Não se descreveu que era cargo de confiança nem se afirmou isso.

Obrigado, senhor presidente!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso é matéria jurídica.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Ela está descrita na denúncia. A circunstância é a de que ele era diretor legislativo, para mim é o que basta.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra relatora, Vossa Excelência se manifesta sobre a proposta do revisor?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Mas eu vou manter a pena do peculato, porque, no mais, estamos de acordo inteiramente.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Mas Vossa Excelência não aplica o § 2º do art. 327. Eu estou aplicando.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Porém, a diferença que nós estamos encontrando é com relação à pena-base do peculato, por causa das circunstâncias desfavoráveis.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): É. A minha pena-base do peculato... É uma questão para os nobres colegas ponderarem.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Eu vou manter, presidente. Se for o caso, não tem problema eu ficar vencida no ponto, realmente não há qualquer dificuldade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência mantém.

VOTO
(Quanto à dosimetria da pena)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, as ponderações relativas ao art. 58, onde há divergência, são eminentemente subjetivas. Cada um avalia as circunstâncias descritas no art. 58 de forma distinta, isso faz parte da discricionariedade do magistrado.

Em se tratando de uma sentença criminal, de uma condenação, eu vou pedir vênia à eminente relatora e ficar com a pena mais branda, já que se trata de um critério subjetivo. Ficaria, então, nesse aspecto, com a dosimetria do ministro Dias Toffoli que, ao invés de concluir por uma pena de dezesseis anos, ficou em treze anos e quatro meses, no somatório de ambas as penas, tanto da pena relativa ao peculato, quanto da pena relativa à formação de quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Quanto à formação de quadrilha está idêntica a pena. A divergência é só na pena-base do peculato.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não há divergência nenhuma. A divergência é apenas na pena-base, na avaliação dos critérios do art. 58 do Código Penal. E, na segunda fase, o ministro Dias Toffoli acrescenta uma causa de aumento do art. 327, § 2º.

Eu fico, então, *data venia*, com a dosimetria do ministro Dias Toffoli.

VOTO
(Quanto à dosimetria da pena)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, eu peço vênia à divergência para acompanhar a eminente relatora. Creio que são muitas as circunstâncias, inclusive o ministro Dias Toffoli detectou seis, ao invés de cinco, como fixou a relatora.

Com relação à pena de multa, eu fico num patamar intermediário. Eu duplico duas vezes e meia. Ficaria em setenta dias-multa à semelhança do que foi feito com o aumento, porque trinta dias é o mínimo. E, aqui, nós estamos diante de crime grave contra a administração pública. Eu acho que seria premiar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então Vossa Excelência está propondo quantos dias-multa?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Setenta dias-multa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas a ministra relatora propôs 230.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Duzentos e trinta. Duas vezes e meia o mínimo.

VOTO
(Retificação)

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Senhor presidente, quanto à multa, eu reajusto, nos termos do que o ministro...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Para setenta o total, duas vezes e meia.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Para setenta o total, duas vezes e meia.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Sim.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas qual seria o total?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Setenta dias-multa.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): No total?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): No total? Dezesseis anos de reclusão, mais setenta dias-multa?

O sr. ministro Marco Aurélio: Em relação a cada qual dos crimes?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: No total.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Vossa Excelência está citando no total?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: No total.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Senhor presidente, se Vossa Excelência quiser tomar os outros votos, se eu tiver que reajustar, ao final eu...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Tudo bem.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: No total, seriam cento e quarenta, são dois crimes. Duas vezes e meia o mínimo em cada um.

VOTO
(Quanto à dosimetria da pena)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, é sempre delicado o trabalho do juiz quando da fixação da pena, na perspectiva do que a Constituição chama de individualização. O art. 59 parametriza, serve de norte para o juiz, mas, como disse o ministro Lewandowski, o art. 59 abre, se não um espaço de livre movimentação do juiz, mas há uma certa margem de avaliação rigorosamente subjetiva do julgador, no considerar cada um dos vetores do art. 59.

Eu vou pedir vênia à eminente relatora e ao ministro Joaquim para acompanhar a divergência e fixar a pena num patamar um pouco mais abaixo, como fez Sua Excelência o ministro revisor, seguido pelo ministro Lewandowski.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, apenas um esclarecimento. Na questão da restituição dos danos ao erário, eu estou acompanhando integralmente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas quanto a isso não há divergência, todos parece que estão, em princípio.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não, como eu não me manifestei sobre esse ponto.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro Ayres Britto.

O sr. ministro Ayres Britto: Acompanho o revisor e, por consequência, o ministro Lewandowski, pedindo vênia à ministra relatora e ao ministro Joaquim Barbosa.

VOTO
(Quanto à dosimetria da pena)

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, eu peço vênia à divergência para acompanhar integralmente a relatora, tanto quanto à dosimetria, quanto à forma de cumprimento da pena.

VOTO
(Quanto à dosimetria da pena)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, no tocante à pena, tem-se, relativamente ao peculato – e a divergência se circunscreve à dosimetria quanto a esse tipo penal –, um mínimo de dois e o máximo de doze anos.

É certo que as circunstâncias judiciais são negativas. A relatora apontou, no caso, cinco aspectos negativos, contemplados no art. 59 do Código Penal e o

revisor, seis. Mas cabe uma indagação: considerado esse balizamento mínimo e máximo, é dado, apenas nas circunstâncias judiciais, chegar ao teto? A resposta é negativa, porque há a segunda fase da dosimetria, que diz respeito às agravantes e às atenuantes. É certo que, quanto às causas de aumento, é possível o extravasamento do teto, mas deve-se, portanto, sopesar a fase anterior.

Enquanto ouvia a relatora, no voto, e também depois fazendo um juízo primeiro sobre as circunstâncias judiciais, apontei no bloco a pena-base, consideradas as circunstâncias, em seis anos. É a que mais se aproxima, a meu ver, do que preconizado pelo revisor. E digo que, no contexto, levando em conta até o elemento histórico tão criticado pela imprensa relativamente ao Supremo, essa pena de cinco anos – Vossa Excelência relatora fixa em cinco anos, três acima do mínimo, pelas circunstâncias judiciais – já é substancial.

Por isso, vou pedir vênia à relatora para acompanhar o revisor, como fizeram os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto.

Estamos no campo não da legalidade estrita, mas da justiça.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Da discricionariedade, do prudente arbítrio.

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Da ponderação.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Uma outra questão, senhor presidente. Eu não sei se a eminente relatora, em seu voto, traz esse ponto no final, mas, no meu último parágrafo, proponho finalmente que, para efeito de interrupção do prazo prescricional, valha a data da sessão em que proferida a decisão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Eu já comuniquei.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Infelizmente, isso não é possível.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Eu até levantei isso, que seja na data, mas há uma polêmica.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é possível, porque se for a pena *in abstracto* pela pretensão, o 117 interrompe publicação da sentença ou acórdão condenatório.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Publicação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Publicação. Então não é possível antes da publicação. Se for *in concreto*, é o trânsito em julgado. Quer dizer, não é possível começar a contar a prescrição ou interromper a prescrição nessa data, infelizmente.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Então será publicada amanhã.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Então o ponto de vista de Vossa Excelência, afinal, prevalecerá na prática quanto ao crime de quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Quanto ao crime de quadrilha, haverá de prevalecer, porque não terá o trânsito em julgado até quarta-feira.

O sr. ministro Ayres Britto: Para a prescrição é a data do julgamento?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, é pena *in concreto.*

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, é a publicação do acórdão, se for a pena *in abstracto.* Se for *in concreto*, é o trânsito em julgado.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Nós não podemos publicar em sessão, como na primeira instância?

O sr. ministro Marco Aurélio: A letra, no Código Penal, é expressa.

O sr. ministro Ayres Britto: É o 117.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O 117 é quanto ao abstrato. E o 110 é quanto à pena *in concreto.* Nenhum deles permite pela data do julgamento.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (revisor): Conforme se depreende da peça acusatória de fls. 5 a 27, o *Ministério Público do Estado de Rondônia* ofereceu denúncia contra *Natan Donadon* e outros seis acusados, imputando-lhes a prática dos delitos de formação de quadrilha e peculato, os quais resultaram no desvio de recursos públicos, cujo montante, à época da acusação, era de R$ 8.400.000,00.

Narra a peça acusatória que os denunciados se associaram com o fim de praticar crimes, que consistiram, basicamente, no desvio de recursos financeiros da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia.

O empreendimento delitivo, que resultou no peculato, teve origem num simulacro de licitação para a contratação de empresa de publicidade, tendo sido realizada apenas uma fase de pré-qualificação. Os participantes da licitação atuaram em conluio e, ao final do processo, foi contratada diretamente a empresa MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda.

Esse contrato firmado entre o Legislativo estadual e a MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda. serviu para que, no período de 31 de julho de 1995 a 19 de janeiro de 1998, fossem sucessivamente desviados recursos públicos da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, até o montante antes aludido, sem que a mencionada empresa tivesse prestado, de fato, qualquer serviço à Assembleia Legislativa. Aliás, ela apenas teve existência formal, sendo criada exclusivamente para os fins delituosos.

À frente do grupo estariam o deputado estadual Marcos Antônio Donadon, então presidente daquela Casa Legislativa, e Mário Calixto Filho, empresário com atuação no setor de comunicação no Estado de Rondônia, que foi o verdadeiro proprietário da MPJ, tendo, contudo, empregado "laranjas" na constituição da empresa.

O ora réu, Natan Donadon, irmão de Marcos Antônio Donadon, ocupava à época dos fatos a função de diretor financeiro da Assembleia Legislativa, e

era o responsável pela liberação dos recursos desviados. Ainda de acordo com a denúncia, coube ao acusado Natan a tarefa de receber os cheques endossados pela empresa beneficiária e proceder aos seus descontos em proveito do esquema.

Apurou-se que parte do dinheiro desviado foi direcionado pelos irmãos Marcos Antônio Donadon e Natan Donadon aos meios de comunicação do Estado de Rondônia, patrocinando-os com a finalidade de manter a mídia sob controle, em benefício dos objetivos políticos dos membros da sua família.

Como já referido pela eminente ministra **Cármen Lúcia** em seu relatório, a denúncia foi, então, recebida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em 4 de novembro de 2002 (fls. 1927/1941).

Em decorrência da diplomação de Natan Donadon no mandato de deputado federal, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho determinou o encaminhamento de cópia dos autos a este Supremo Tribunal Federal (fl. 1889).

No despacho de fls. 1922, a então ministra relatora, **Ellen Gracie**, acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal, manteve o desmembramento para que o feito prosseguisse na Corte apenas contra o parlamentar, reconhecendo, ainda, a validade dos demais atos processuais praticados antes da sua posse, com fundamento no princípio *tempus regit actum*.

O réu foi devidamente interrogado (fls. 1976/1978), negando a prática dos delitos.

Na defesa prévia apresentada às fls. 1989/2036, o deputado federal alegou, em síntese: (i) nulidade do processo, uma vez que a denúncia é amparada em procedimento administrativo do Ministério Público do Estado de Rondônia, e não em elementos colhidos em inquérito policial; (ii) impossibilidade de investigação conduzida pelo Ministério Público e violação ao princípio do promotor natural; (iii) inépcia da denúncia, por falta de individualização da conduta do acusado; (iv) atipicidade dos fatos narrados, em relação ao crime de formação de quadrilha; (v) necessidade de unidade de processo e julgamento, sobretudo em face do crime de formação de quadrilha; (vi) ausência de autoria.

Realizaram-se as oitivas das testemunhas de acusação, Kátia Maria Tavares das Neves (fls. 2070/2073), Sandra Galdino (fls. 2074/2075) e Carlos Alberto Vanzella (fls. 2076/2078).

Posteriormente, foram ouvidos, como testemunhas da defesa, Elvando Lacerda dos Santos (fl. 2444), Sandro Silva Pinto (fl. 2502), Gilson César Stefanes (fl. 2503), Júlio César Silva (fl. 2504), Jorge Alberto Muraro Tonel (fl. 2505), José Natal Pimenta Jacob (fl. 2506), Vivaldo Carneiro Gomes (fl. 2507) e Márcio Antônio Donadon Batista (fl. 2517).

Na fase do art. 10 da Lei 8.038/1990, o Ministério Público Federal requereu fosse requisitada à 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho/RO a cópia dos autos da Ação Civil Pública 001.2001.008200-9 e ao Tribunal de Justiça de Rondônia a cópia dos autos da Ação Penal 200000.1999.001452-5, após o seu

desmembramento em março de 2005 (fl. 2526). Devidamente intimada, a defesa nada requereu (fls. 2521/2522).

Às fls. 2538/3262 e 3274/3966 constam, respectivamente, as cópias da Ação Penal 200000.1999.001452-5, após o seu desmembramento em março de 2005, e da Ação Civil Pública 001.2001.008200-9, em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho/RO.

Em sede de alegações finais, requereu o Ministério Público Federal a condenação do réu nos exatos termos da denúncia (fls. 3973 a 3484).

A defesa, finalmente, invocando idênticas questões suscitadas na defesa prévia, pediu o reconhecimento das seguintes nulidades: (i) nulidade do processo, uma vez que o inquérito foi instaurado e conduzido pelo Ministério Público; (ii) ofensa ao princípio do promotor natural, pela impossibilidade de ser a investigação conduzida por órgão do Ministério Público de primeiro grau, já que havia deputado estadual envolvido; (iii) a impossibilidade de utilização da prova emprestada na ação de improbidade administrativa; (iv) a inépcia da denúncia pela ausência de especificação da conduta do réu; (v) inépcia da denúncia quanto ao crime de formação de quadrilha, pela falta de descrição do fato típico; e (vi) a existência de continência e conexão, o que exigiria a unidade de processo e julgamento.

No mérito, afirma ser improcedente a acusação que lhe foi imputada na denúncia, visto que as provas orais coligidas não informam qualquer fato criminoso atribuível ao réu, devendo os depoimentos das testemunhas de acusação ser tomados com a devida reserva, por se tratar de funcionários do departamento financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, "de algum modo implicados nos fatos". Insiste que as provas obtidas em fase inquisitorial não podem servir como único elemento para condenação, destacando, ainda, que o acusado não teve qualquer ingerência no procedimento licitatório que ensejou a contratação da empresa MPJ, tendo-se limitado a cumprir a sua obrigação legal enquanto diretor financeiro, efetuando os pagamentos decorrentes de procedimento licitatório prévio, aparentemente regular, sem que houvesse razão para desconfiar de alguma irregularidade.

De início anoto que rejeito toda a matéria preliminar invocada pela defesa, alinhavando, neste momento, as seguintes considerações pessoais sobre os temas:

(i) da invocada nulidade do processo, uma vez que o inquérito foi instaurado e conduzido pelo Ministério Público

Não colhe o argumento. Conforme se infere dos autos, na realidade a presente ação penal não foi precedida de inquérito policial ou de peça investigativa penal do Ministério Público do Estado de Rondônia, mas precedida de inquérito civil, instaurado para investigar a contratação da empresa MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda. pela Assembleia Legislativa daquele Estado, assim como os possíveis atos de improbidade administrativa daí decorrentes.

Como bem elucidado no parecer do *Parquet* federal, "[e]stá-se diante de hipótese diversa da que discute a possibilidade da condução da investigação criminal pelo Ministério Público. De se observar que o mencionado procedimento administrativo não foi conduzido por qualquer promotoria criminal, mas sim pelo setor de improbidade administrativa do *Centro de Atividades Extrajudiciais* (CAEX), órgão de assessoramento do procurador-geral de justiça, ao qual foi, inclusive, oferecida a representação para instauração de inquérito civil de fls. 72/75" (fl. 3977) e '[c]asos assim já foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, em julgados assim ementados:

> *Ementa: Recurso extraordinário. Penal. Processual penal. Ministério Público. Oferecimento de denúncia com base em inquérito civil público. Viabilidade. Recurso desprovido.* 1. **Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de inquérito civil público** destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. **O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial**, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (art. 46, § 1º, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento. [RE 464.893/GO, rel. min. *Joaquim Barbosa*, julgamento em 20-5-2008, Segunda Turma – Grifou-se.]

> *Ementa: Penal. Processual penal. Ministério Público: investigação: inquérito policial. Crime de dispensa irregular de licitação.* Lei 8.666/1993, art. 24, XIII; art. 89; art. 116. I – **A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II – Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos**, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III – Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/1993, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV – Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/1993. [Inq 1.957/PR, rel. min. *Carlos Velloso*, julgamento em 11-5-2005, órgão julgador: Tribunal Pleno – Grifou-se.]

(ii) da alegada ofensa ao princípio do promotor natural pela impossibilidade de ser a investigação conduzida por órgão do Ministério Público de primeiro grau, já que havia deputado estadual envolvido

Igualmente carente de lastro os argumentos do réu no sentido de que a persecução penal contra ele adotada houvesse violado a atribuição natural e hierárquica do Ministério Público.

A denúncia foi oferecida perante o *Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia* pelo *procurador-geral de Justiça*, respeitando-se, portanto, o foro por prerrogativa de função do codenunciado Marcos Donadon, que na ocasião ocupava o cargo de deputado estadual (fls. 5 a 27).

Ademais, o inquérito civil foi conduzido por órgão de assessoramento do chefe do Ministério Público estadual (fl. 56), e não por promotor de justiça oficiante perante o primeiro grau de jurisdição.

(iii) da alegada impossibilidade de utilização da prova emprestada na ação de improbidade administrativa

Não há óbice à utilização de provas emprestadas na ação penal instaurada contra o réu provenientes de inquérito civil e de subsequente ação de improbidade administrativa promovida **contra o próprio denunciado** e outras pessoas a quem se imputa o desvio irregular de verbas públicas, as quais, inclusive, tiveram a oportunidade de exercer regularmente o contraditório e a ampla defesa naquele feito.

Note-se, ademais, que o que se exige é que não tenha sido a prova emprestada "**a única a fundamentar eventual condenação**" (HC 67.707, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 14-8-1992), não havendo, na espécie, qualquer nulidade a ser declarada.

(iv) da proclamada a inépcia da denúncia pela ausência de especificação da conduta do réu; e

(v) inépcia da denúncia quanto ao crime de formação de quadrilha, pela falta de descrição do fato típico

A alegação de inépcia da denúncia, assim como a aventada inexistência de descrição do fato típico relativo ao crime de formação de quadrilha, também não comporta acolhida. Os fatos típicos foram descritos com precisão, sendo que a conduta de Natan Donadon aparece suficientemente individualizada na denúncia, estando subsumida, em tese, aos tipos penais previstos nos arts. 288, *caput*, e 312 do Código Penal, afastando-se, assim, qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Preenche a exordial acusatória os requisitos mínimos de admissibilidade previstos no ordenamento processual. De acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, a prefacial acusatória deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias". Essa redação objetiva não só possibilita o enquadramento legal da conduta tida como criminosa, mas também enseja a defesa do acusado, uma vez que esse se defende dos fatos que lhe são imputados.

A esse respeito, como bem ressaltado no parecer do Ministério Público Federal, irretocável a denúncia ofertada:

> Outrossim, não merece acolhida a alegação de inépcia da denúncia. Os fatos típicos foram descritos com precisão, sendo que a conduta de *Natan Donadon* aparece suficientemente individualizada, afastando qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa. Confira-se:
>
> > Outros (...) eram levados pelo denunciado *Natan Donadon* para que *Omar*, títere de Mário Calixto, os endossasse como procurador da empresa

> beneficiária (MPJ) e os devolvesse a *Natan*, que fazia o seu desconto no banco, em proveito dos integrantes da quadrilha (fl. 17).
>
> *Omar* – como admitiu (...) –, investiu-se como procurador da MPJ por indicação de seu patrão *Mário Calixto*, com a finalidade de receber os cheques emitidos pela Assembleia em favor dessa empresa, e repassar seus valores a jornais e veículos de comunicação indicados pelo denunciado *Natan Donadon*, que era quem lhe fazia, pela Assembleia, a entrega desses cheques (fl. 18).
>
> (...) parte desse valor desviado da Assembleia era o agrado (...) que os denunciados *Marcos Antonio* e *Natan* destinavam à mídia do Estado para com ela ficar bem e ter a sua cobertura favorável e, assim, pavimentar a futura pretensão política de membros de sua família (fl. 18).

Da leitura dos excertos transcritos, extrai-se que a denúncia traz elementos que indicam a existência de plurissubjetivismo e de plurissubsistência na conduta perpetrada – destaco – elementos típicos do delito de formação de quadrilha.

Desse modo, não é viável avançar na discussão posta como preliminar, a qual será objeto de consideração quando da análise do mérito da imputação, por envolver, essencialmente, a análise dos fatos e provas subjacentes à própria imputação penal.

A exordial acusatória, na hipótese, apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 9-3-2007), de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, rel. min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 6-11-2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 22-9-2006); ou seja, não é inepta a **denúncia** que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, rel. min. **Eros Grau**, *DJ* de 3-3-2006).

(vi) da existência de continência e conexão, o que exigiria a unidade de processo e julgamento

Trata-se de matéria já pacificada no Supremo Tribunal, que tem aplicado o art. 80 do CPP para legitimar o desmembramento do feito, desde que, no caso concreto, haja algum motivo relevante, sendo certo que o número de acusados, implicando dificuldade para a instrução processual, é um deles.

No caso vertente, ademais, dados a pluralidade de réus, a necessidade pretérita de desmembramento do feito em relação a parlamentar estadual e o posterior surgimento de nova prerrogativa de foro em relação ao ora réu, eleito deputado federal, foi convalidado pela então relatora do feito, a eminente ministra **Ellen Gracie**, novo desmembramento (cf. decisão de 8-5-2005 – fl. 1922), sem que tivesse a defesa, naquela ocasião, manejado qualquer recurso contra aquela decisão, consumando-se, inclusive, preclusão sobre o tema.

Totalmente descabido, agora, quando já coligidas isoladamente as provas na presente ação, assim como já julgado o feito originário que prosseguiu contra os demais acusados perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

(conforme informação constante do sítio do TJRO na internet – Ação Penal 2001452-62.1999.8.22.0000), pretender-se a reunião dos feitos para novo julgamento do todos os corréus perante esta Suprema Corte.

Este Supremo Tribunal, ademais, vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos (AP 336-AgR, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 10-12-2004; AP 351, rel. min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 17-9-2004).

Ressalte-se, mais uma vez, a judiciosa manifestação da ilustre subprocuradora-geral da República dra. Cláudia Sampaio Marques a respeito do tema:

> Essa Corte tem afirmado que nem mesmo nos crimes de quadrilha ou bando, em que se afiguram evidentes a unidade de desígnios e o liame entre as condutas dos acusados, pode ser afastada a possibilidade de desmembramento, quando conveniente ao processo e julgamento do caso, conforme se verifica no seguinte julgado:
>
> *Ementa: Constitucional. Processual penal. Penal. Crime de quadrilha. Foro por prerrogativa de função. Separação dos processos. CPP, art. 80. Número excessivo de acusados. Prejuízo da defesa: inexistência*. I – O fato de um dos corréus ser deputado federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal. II – A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). III – Agravos não providos. [AP 336-AgR/TO, rel. min. *Carlos Velloso*, julgamento em 1º-9-2004.]

Superadas as questões preliminares, passo à análise de cada uma das imputações feitas ao réu Natan Donadon:

Crime de peculato (CP, art. 312)

O termo peculato significa o furto de coisa do Estado. Segundo **Fernando Henrique Mendes de Almeida** (*Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: RT, 1955, p. 11-12) "o étimo da palavra está em *pecus*, tal como em suas convizinhas pela razia (*pecus* = gado), pecúnia, pecúlio, especular, e se reporta à época em que o gado foi havido como moeda. A palavra, como se sabe, designou, em sua evolução, a subtração da moeda, ou metal do Fisco, até que, finalmente, passou a significar furtos e apropriações indevidas, realizadas por prestadores de contas, bem como quaisquer fraudes em prejuízo da coisa pública".

A imputação da norma é feita pelos verbos *apropriar* e *desviar*, constituindo o núcleo do tipo penal. A primeira conduta traduz, como doutrinariamente conceituado, o denominado "peculato-apropriação", tal como ocorre com a apropriação indébita, espécie imputada ao réu.

Busca a norma coibir a ação dos agentes, punindo a apropriação de dinheiro ou de qualquer bem ou valor, seja ele público ou particular. Impõe a lei – tanto

penal como extrapenal – a moralidade aos servidores públicos, de modo que atuem correta e honestamente no exercício do *munus* público.

A posse a que se refere o texto legal deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção e a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercitável mediante ordens, requisições ou mandados) – cf. **Nelson Hungria** (*Comentários ao Código Penal*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 332-337) e **E. Magalhães Noronha** (*Direito penal*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 219), citados por **Silva Franco et Stocco** (*Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1434).

O elemento subjetivo, como ressalta **Cezar Roberto Bitencourt** (*Código Penal comentado*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 983), "é o 'dolo', constituído pela vontade de transformar a posse em domínio, a exemplo do que ocorre com o crime de apropriação indébita, ou seja, é a 'vontade livre e consciente de apropriar-se' de coisa móvel pertencente ao Estado, de que tem a posse em nome do próprio Estado. Em outros termos, é a vontade definitiva de não restituir a coisa (dinheiro, valor ou qualquer outra coisa móvel) pertencente ao Poder Público (...)".

O delito de peculato de que cuidam os autos, como se vê, foi praticado em continuidade delitiva, ao longo de período superior a dois anos, encontrando-se suficientemente comprovado pelas provas documentais e testemunhais produzidas, que, em absoluto, se limitaram aos elementos coligidos no inquérito civil e na ação de improbidade instauradas por ação do Ministério Público estadual.

As testemunhas de acusação, inquiridas sob o crivo do contraditório, esclareceram, de forma irretorquível, que realmente a empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda. não prestou serviços ao Poder Legislativo que ensejassem o pagamento dos estratosféricos R$ 8.400.000,00, embora tenha recebido sucessivos cheques para esses fins.

Verifica-se que, apesar de haver ficado claro que um dos denunciados, Genir José Werlang, por determinação do deputado estadual Marcos Antônio Donadon, deu cabo aos documentos referentes ao contrato em questão, nunca houve no departamento financeiro da ALE/RO qualquer comprovante apto a atestar a efetiva prestação de serviços pela MPJ à Assembleia, materializada, no mínimo, por correspondentes notas fiscais de prestação de serviços à Assembleia Legislativa, ou por cópias das respectivas publicações e mídias relativas aos programas de radiodifusão e televisão que pudessem justificar aqueles pagamentos.

A testemunha Kátia Maria Tavares das Neves, funcionária da Assembleia Legislativa de Rondônia, lotada no departamento financeiro, prestou as seguintes declarações em juízo:

> (...) pode afirmar que o processo 590/95, que deu origem ao contrato n. 004/ALE/95, de 31-7-95, foi entregue ao senhor Genir José Werlang, então diretor financeiro da Assembleia. Este, retirou o referido processo do Departamento Financeiro, não sabendo a declarante qual o destino dado ao mesmo. Na época em que Genir mandou que fosse separado o processo e a ele entregue, segundo ele, assim procedeu por determinação do deputado Marcos Antonio Donadon. **Embora**

> **se recorde que foram efetuados vários pagamentos à empresa não se recorda de ter visto qualquer nota fiscal da referida empresa. Não se recorda de, no período compreendido entre agosto de 95 a maio de 97, ter visto qualquer publicidade da Assembleia através de televisão, jornais ou por meio de rádio** (...) jamais viu a Assembleia fazer qualquer pagamento em dinheiro; todo pagamento é feito através de cheque. [Fls. 204; 2074/2075 – Grifou-se.]

No mesmo sentido são as declarações de Carlos Alberto Vanzella, funcionário do departamento financeiro da Assembleia Legislativa:

> (...) no mês de julho ou agosto de 1998 o senhor Genir José Werlang, então Diretor Financeiro, chegou ao Departamento Financeiro e disse que o Deputado Marcos Antonio Donadon estava querendo todos os processos que envolvessem a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda. Assim, mandou que fossem separados os processos e a ele fossem entregues, o que foi feito. Quando os processos foram entregues (...) a Genir, este recusou-se a assinar qualquer documento que acusasse o recebimento dos processos por ele (...) Não se sabe qual o destino que Genir deu aos processos da MPJ. **No período compreendido entre agosto de 1995 a maio de 1997 não viu a veiculação de nenhum material publicitário da ALE, tanto em televisão, jornais ou rádio. Embora seja o responsável pelo lançamento contábil, não se recorda de ter visto qualquer nota fiscal emitida pela MPJ**. [Fls. 207; 2076/2078 – Grifou-se.]

Por último, a terceira testemunha de acusação ouvida em juízo, Sandra Galdino Leite de Souza, também funcionária lotada no departamento financeiro, corrobora tais afirmações:

> A verdade é que os processos sumiram e Genir não disse qual o destino deu aos referidos documentos. Não se recorda de, no período de agosto de 1995 a maio de 1997, ter visto qualquer veiculação, pela televisão, jornais ou rádio, de publicidade da Assembleia. [Fls. 208; 2074/2075.]

Não se revestem os depoimentos de qualquer vício ou mácula, assim como, em momento algum, verifica-se qualquer indício de que essas pessoas tivessem qualquer participação nos desvios perpetrados, tanto que nunca foram sequer indiciadas pelos fatos ocorridos. A mera condição de funcionários do departamento financeiro, antes de tornar essas pessoas suspeitas ou impedidas, apenas lhes confere um melhor conhecimento dos desmandos ocorridos naquele setor e dos atos subsequentes praticados pelo réu e pelos demais denunciados com o intuito de evitar que a fraude fosse descoberta.

As testemunhas de defesa arroladas, ademais, limitaram-se a declinar informações sobre a vida pregressa do acusado, não havendo naqueles depoimentos contraposição aos relatos das testemunhas de acusação, o que, a meu ver, aliado aos demais elementos de prova carreado aos autos, potencializam minhas convicções acerca da prática do delito pelo réu, como demonstrado na sequência.

Desse modo, apesar de não ter sido prestado qualquer serviço à Assembleia Legislativa de Rondônia, inexistindo, por conseguinte, as correspondentes notas fiscais que atestariam o direito ao pagamento, o réu, na função de diretor

financeiro, agindo como executor direto do delito idealizado adrede por seu irmão, então presidente da Assembleia Legislativa, Marcos Antônio Donadon, assinou os cheques e liberou os recursos em favor da MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda., conforme atestam os documentos da Assembleia Legislativa de fls. 419; 423; 425; 427/428; 430; 432; 434; 437/439; 441/444; 446; 448/449; 451; 453/454; 475; e 3905, cheques esses emitidos no período de 31-7-1995 a 26-2-1997, a demonstrar a reiteração continuada na prática dos diversos desvios. A alegação de que os pagamentos eram regulares e que, portanto, eram normais os atos de adimplemento das obrigações contratuais do ente do qual o réu era diretor financeiro, mais do que subestimar a inteligência dos ministros desta Suprema Corte, revela a deturpada apreensão que tem o réu sobre o conceito de moralidade e zelo com a coisa pública.

Merecem, ainda, destaque as afirmações prestadas no inquérito civil por Omar Miguel da Cunha, procurador da MPJ e também denunciado, ao descrever a atuação de Natan Donadon e explicar o esquema:

> O senhor Mário Calixto explicou-lhe que o declarante deveria receber os valores da ALE e repassá-los aos veículos de comunicação que lhes fossem indicados pelo senhor *Natan Donadon* (...) Embora o contrato firmado pela ALE e a MPJ tenha um fim específico, **nenhum trabalho foi realizado por esta à ALE**. O controle das empresas de comunicação que recebem dinheiro da ALE, através da MPJ, está com o senhor *Natan Donadon*. **É o senhor Natan Donadon a pessoa que entregava os cheques à MPJ** e dizia a quais empresas deveriam ser repassadas o dinheiro (...) O dinheiro recebido da ALE pela MPJ nunca entrou na contabilidade da referida empresa, até porque esta não tem nenhum registro contábil (...) **Desde que foi constituído como procurador da MPJ, esta não realizou nenhum trabalho de publicidade para quem quer que seja, e muito menos para a ALE**. A referida empresa não tem nenhum funcionário, não tem escritório, não tem equipamento e nenhum telefone para contato. Quando recebia dinheiro da ALE, não emitia nenhuma nota fiscal referente ao valor recebido e nem recibo. Aliás, nunca viu uma nota fiscal para a ALE. [Fls. 113/115 – Grifou-se.]

Ressalte-se que a prova documental encartada aos autos dá sustentação a essa versão e não foi desmentida pelo declarante na ação penal contra ele instaurada perante o TJRO (a cujo interrogatório, apesar de ter sido regularmente citado, preferiu não comparecer).

Verifica-se, ainda, a título de exemplo, quanto aos cheques de fls. 404/412; 632/799; 804/967;1004/1041; 1045/1193, que alguns foram, de fato, endossados para empresas do setor de comunicação local, enquanto outros foram sacados pelo próprio emitente, prática usualmente destinada a dificultar a identificação dos destinatários.

É igualmente certo que, a fls. 3190 a 3196, foram apresentados pelo corréu Euclides Fieri de Oliveira (na ação originária que tramitou perante o TJRO), os seguintes documentos mediante os quais se pretendia demonstrar a regularidade dos pagamentos efetuados pela ALE/RO, a saber: a) nota fiscal de prestação de serviços pela Empresa Alto Madeira Ltda. à MPJ, fazendo menção a "serviços de

veiculação de anúncio de interesse da Assembleia Legislativa do Estado de RO, com interveniência da MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda.", no valor líquido de R$ 25.200,00 (fl. 3190), documento esse, contudo, sem data de emissão e informação sobre o período de referência; b) correspondência de 15-3-1996, supostamente enviada pela Empresa Alto Madeira Ltda. à ALE/RO, informando "pendências" da Assembleia com aquele jornal, relativamente a serviços prestados com publicidade (R$ 130.000,00) e publicações de Diário Oficial (R$ 90.000,00), no período de agosto de 1995 a fevereiro de 1996 (fl. 3191); c) comprovante de exibição em rede estadual no mês de outubro/1995, de inserções de sessenta segundos na TV Rondônia, sem valor declarado (fl. 3192); d) nota fiscal fatura sacada contra a MPJ pela Sistema Imagem de Comunicação TV Candelária Ltda., no valor de R$ 8.300,00, relativa à "veiculação de publicidade nesta emissora sob o título 'Momento Legislativo', levado ao ar de Terça à Sábado, durante o mês de Setembro de 1995, conforme contrato" (fl. 3192-A) documento esse igualmente sem data de emissão; e) nota fiscal fatura, emitida, aos 5-12-1995, pela Rádio Fronteira Ltda., relativamente a serviços de comunicação supostamente prestados à MPJ, com vencimento em 31-12-1995, no valor de R$ 5.000,00 (fl. 3193); f) instrumento particular de prestação de serviços, celebrado aos 1º-8-1995 entre a MPJ e a Gazeta Jornalismo e Pesquisas Ltda., para "remessa de atos oficiais e extraoficiais da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia", no importe de R$ 30.000,00, para prestação de serviços pelo prazo de 180 dias, e pagamento mensal daquele valor em seis parcelas (fl. 3194); g) nota fiscal de prestação de serviços sacada pela Sociedade de Cultura Rádio Caiari Ltda. contra a MPJ pela "divulgação de Notas, Comunicados e Avisos de Interesse da Assembleia Legislativa Ref. Mês de Agosto/95", no valor de R$ 4.000,00 (fl. 3195), documento esse também sem data de emissão; e h) nota fiscal fatura sacada contra a MPJ pelo Estúdio Amazônico de Radiodifusão S.A., relativa à "veiculação na TV Rondônia durante o mês de Outubro de 1995, de matérias de publicidade, conforme Contrato firmado entre as partes em 14-9-1995 e respectivo adendo da mesma data", no valor de R$ 28.957,86 (fl. 3196), documento esse novamente sem data de sua emissão.

Esses documentos, mais do que representarem uma tentativa de justificar os pagamentos feitos à MPJ, demonstram que: (i) o montante dos pagamentos que o réu autorizou, ainda que fossem aqueles comprovantes documentos hábeis a comprovar a efetivação de algum serviço à Assembleia Legislativa (o que absolutamente não são, porquanto eivados de irregularidades e desacompanhados de mínima prova de que os serviços faturados/contratados tenham, de fato, sido prestados), mostra-se totalmente não condizente com gastos regulares de publicidade; explico: o gasto mensal orçado, de acordo com esses documentos, seria de, no máximo, R$ 86.457,86, sendo necessários aproximadamente cem meses para justificar um dispêndio da ordem de R$ 8.400.000,00; (ii) tivessem sido aqueles pagamentos efetivamente realizados, certamente haveria os recibos correspondentes (que poderiam ser reemitidos em caso de "extravio"), e não haveria por que a Empresa Alto Madeira Ltda. endereçar qualquer correspondência à Assembleia Legislativa informando-a sobre "pendências" de pagamento, até porque nenhum contrato direto, ao que se saiba, foi entabulado entre aquela empresa e a ALE/RO.

Não poderia o réu, ademais, salvo se previamente ajustado com os demais integrantes do esquema criminoso, fazer a liberação de vultosos recursos destinados à publicidade em favor de uma Assembleia Legislativa sem exigir, no mínimo, as pertinentes notas fiscais daquilo que pagava, bem assim detalhada comprovação, por atestado hábil e idôneo, da execução dos serviços.

Nessa conformidade, é o caso de reconhecer-se a subsunção da conduta do agente ao tipo elementar, para condená-lo pela prática de reiterados crimes de peculato (CP, art. 312, c/c art. 29).

Crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal)

Quanto ao crime de formação de quadrilha ou bando, o Ministério Público do Estado de Rondônia afirmou categoricamente que:

> Veio à baila, então, a existência de um bando formado por todos os denunciados e outras pessoas ainda não bem identificadas, que se associaram com o propósito de se locupletar criminosamente de recursos financeiros da Assembleia. A quadrilha era capitaneada pelo então Presidente desse Poder, Deputado Marcos Antônio Donadon, e por Mário Calixto Filho, empresário de comunicação neste Estado já notabilizado por suas incursões contra o erário e que, por isso, responde a três ações penais por peculato.
>
> À época dos desvios – ocorridos no período de 31-7-1995 a 19-1-1998 – o denunciado Marcos Antônio Donadon era o Presidente da Assembleia Legislativa, cargo que lhe dava o comando administrativo dessa Casa e posse sobre seus valores, circunstâncias de que se valeu para os desvios de dinheiro desse Poder em benefício dos integrantes do bando e de terceiros, para cujo desiderato contou, ainda, com o auxílio de outros servidores subalternos – como seu irmão Natan Donadon e Genir José Werlang – cooptados para a quadrilha. [Fls. 6/7.]

A prova produzida no curso da instrução processual, como já salientado, é firme e segura em demonstrar a efetiva associação estável e permanente entre o réu Natan Donadon, seu irmão Marcos Antônio, o procurador da empresa MPJ, Omar Miguel da Cunha, além de outros denunciados, para o fim de cometimento de múltiplos crimes de peculato, em prejuízo do erário público.

Trata-se, como se sabe, de crime comum, a ser cometido por qualquer pessoa; formal, a não exigir, sequer, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no cometimento efetivo do delito; e permanente.

Cuida-se, na lição de **Nelson Hungria**, da "reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 178), punível independentemente dos crimes ou malefícios que venham a ser praticados.

Irrelevante, ainda, para o reconhecimento do crime em apreço, que não haja o concurso direto de todos os integrantes do bando na prática de todas as infrações, bastando que o fim almejado seja o cometimento de crimes pelo grupo.

Nesse sentido:

> No crime de quadrilha ou bando pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. [MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal* – parte especial. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3, p. 170.]

De se notar, ainda, como afirma **Figueiredo Dias** (*Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 1999. t. II, p. 1.157), que a criminalização da conduta justifica-se independentemente do efetivo cometimento das infrações arquitetadas, e a persecução penal autônoma do crime também se justifica, uma vez "que se trata de verdadeira antecipação de proteção aos bens jurídicos: 'Bem jurídico protegido pelo tipo do crime de associação criminosa é a 'paz pública' no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da 'especial periculosidade' de organizações que tenham por escopo o cometimento de crime. Não se trata pois da intervenção da tutela penal apenas quando foi posta em causa a 'segurança' ou a 'tranquilidade' públicas pela ocorrência efectiva de crimes ou de violências. (...) Trata-se de intervir num 'estado prévio', através da dispensa 'antecipada' de tutela quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um 'especial perigo de perturbação' que só por si viola a paz pública; conformando assim a 'paz' um conceito mais amplo que os de segurança e tranquilidade e podendo ser posta em causa quando estas ainda não o foram'".

Perfeitamente amoldada ao tipo a conduta do réu e de seus comparsas. Aquele, como executor direto dos desvios, em proveito próprio, de seu irmão e de outros integrantes do bando, valeu-se de sua condição de diretor financeiro para desviar recursos da Assembleia Legislativa de Rondônia, por meio da simulação de um contrato de publicidade subscrito adrede pelo denunciado Marcos Antônio, o qual deveria ser executado pela empresa MPJ – Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda.

Assim, mediante a subscrição, em conjunto com outros denunciados, de cheques das contas bancárias da Assembleia, logrou o acusado consumar, ao longo de período superior a dois anos, o saque e o desvio da importância de R$ 8.4000.000,00, em valores não atualizados.

É o que também basta para o reconhecimento do crime tipificado no art. 288 do Código Penal, pelo qual deve o réu ser igualmente condenado.

Individualização e dosagem das penas (art. 59 do Código Penal)

a) Peculato (CP, art. 312)

> Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
>
> Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo às devidas considerações para a fixação da pena-base para esse delito.

Inicialmente, quanto à **culpabilidade**, valem as seguintes premissas:

(i) as provas que instruem este processo revelam a extrema censurabilidade do comportamento do agente e, em igual medida, a reprovabilidade de sua conduta. Pessoa que, valendo-se do fato de seu irmão, deputado Marcos Antônio Donadon, ser o presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, aderiu a verdadeiro estratagema para desvio de recursos públicos, por intermédio de empresa de fachada irregularmente contratada para prestação de serviços de publicidade, pondo-se a emitir cheques em suposto cumprimento àquela avença, cujos valores determinava fossem sacados por procurador investido de poderes de gerência de uma empresa-fantasma, que os repassava a terceiros indicados pelo réu ou lhe fazia a restituição do numerário desviado;

(ii) agiu como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à promoção política da família Donadon (procedimento que, inclusive, mostrou-se eficaz, tanto que posteriormente foi eleito deputado federal), determinando a emissão de cheques sem a mínima exigência de documentação contábil que pudesse autorizar o dispêndio, fato que não poderia ignorar; tudo a evidenciar alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu.

Antecedentes: nesse ponto específico, ainda que na folha de distribuição acostada a fl. 1766 exista menção a outra ação penal instaurada contra o réu por idêntica infração, não há nos autos prova da situação processual atualizada daquele feito, com o respectivo trânsito em julgado de seu desfecho, que enseje a exasperação da pena-base, de modo que devem ser tidos como favoráveis ao sentenciado.

Conduta social e personalidade do agente: elementos que, a despeito de as peças contidas nos autos não permitirem avaliar, com segurança, o comportamento do agente perante a sociedade e a respectiva personalidade – entendida essa como o conjunto de características pessoais do acusado –, foram nesta data identificados como desfavoráveis ao sentenciado. Veio ele a renunciar, na véspera do julgamento, ao seu mandato parlamentar, em manobra destinada a evitar sua sujeição em tempo e hora ao devido julgamento por esta Suprema Corte, tudo no intuito de alcançar eventual prescrição da pretensão punitiva pelas acusações que lhe são feitas, a revelar comportamento moral e eticamente reprovável, bem como personalidade deformada e incompatível com as normas de conduta que o homem público comprometido com as nobres funções de que se encontrava investido deve observar.

Motivos do crime: o detido exame das peças dos autos revela que os motivos do crime desfavorecem o acusado. Para tentar destacar e difundir o nome da família Donadon pelos meios de comunicação no Estado de Rondônia, e visando eleger-se deputado federal (como de fato ocorreu), não se pejou o réu em desviar recursos dos cofres da Assembleia Legislativa de Rondônia, determinando a realização de pagamentos a alguns veículos de comunicação, nem em embolsar e distribuir recursos financeiros oriundos da mesma fonte ao grupo responsável

pela articulação do esquema criminoso, a justificar maior rigor na fixação da reprimenda.

Circunstâncias: no caso, chama a atenção o particularizado modo como o acusado e seu irmão dirigiram a prática delitiva, fazendo-o por interpostas pessoas e simulando a prestação de serviços mediante contrato irregularmente firmado entre a Assembleia Legislativa e empresa de fachada, motivo pelo qual não posso deixar de considerar, também, como desfavoráveis as circunstâncias da prática delitiva.

Consequências: nesse contexto, verifica-se que o desvio perpetrado alcança cifras milionárias (R$ 8.400.000,00 sem atualização monetária) provocando considerável abalo no seio da sociedade local, tendo por resultado efetivo descrédito na classe política e inegável abalo nas finanças públicas, o que também repercute negativamente na aferição da pena.

Comportamento das vítimas: no caso em análise, há de se considerar a inexistência de qualquer participação do ente público no desfalque contra ele perpetrado pelo sentenciado e por seus comparsas, principalmente considerando que era a Assembleia Legislativa, na ocasião, presidida por corréu.

Presente esse quadro, tenho para mim que a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente, as circunstâncias, os motivos e as consequências do delito foram desfavoráveis ao sentenciado, motivo pelo qual **fixo a pena-base em cinco anos de reclusão** (em patamar intermediário, entre o mínimo e o máximo legalmente admissível) **e trinta dias-multa, de valor unitário equivalente a um salário mínimo** (fixado o valor unitário em atenção às condições pessoais e econômicas do sentenciado, que justificam a exasperação desse valor no caso concreto – CP, art. 49 e § 1º).

Observo, *in casu*, a inexistência de circunstâncias atenuantes (CP, art. 65) e a existência de circunstância agravante (CP, art. 61, II, *g* – com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, na hipótese, o de diretor financeiro da ALE/RO), a ser considerada quando da análise da existência de causa especial de aumento de pena, de modo a não justificar novo acréscimo nessa fase, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

Ante a existência de causa especial de aumento de pena (CP, art. 327, § 2º – ocupante de cargo em comissão ou de função de direção), devidamente narrada na denúncia, aumento a pena-base em um terço, totalizando em **seis anos e oito meses de reclusão e quarenta dias-multa, de valor unitário equivalente a um salário mínimo**.

Nos termos do preceituado no art. 71 do Código Penal, dado que o sentenciado, mediante mais de uma ação, praticou dezenas de crimes da mesma espécie e que as condições de tempo, lugar, maneira de execução, entre outras, permitem o reconhecimento da continuidade delitiva, é o caso de aplicação da pena imposta a somente uma das infrações, acrescida, no caso, considerado o número de infrações comprovadas, de dois terços, perfazendo o total de **11 anos,**

1 mês e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, de valor unitário equivalente a 1 salário mínimo.

b) Crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288, *caput*)

> Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena – reclusão, de um a três anos.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo às devidas considerações para a fixação da pena-base para essa infração.

Inicialmente, quanto à **culpabilidade**, valem as mesmas considerações acima expostas:

(i) as provas que instruem este processo revelam a extrema censurabilidade do comportamento do agente e, em igual medida, a reprovabilidade de sua conduta. Pessoa que, valendo-se do fato de seu irmão, deputado Marcos Antônio Donadon, ser o presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, aderiu a verdadeiro estratagema para desvio de recursos públicos, por intermédio de empresa de fachada irregularmente contratada para prestação de serviços de publicidade, pondo-se a emitir cheques em suposto cumprimento àquela avença, cujos valores determinava fossem sacados por procurador investido adrede de poderes de gerência de uma empresa-fantasma, que os repassava a terceiros indicados pelo réu ou lhe fazia a restituição do numerário desviado;

(ii) agiu como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à promoção política da família Donadon (procedimento que, inclusive, mostrou-se eficaz, tanto que posteriormente foi eleito deputado federal), determinando a emissão de cheques sem a mínima exigência de documentação contábil que pudesse autorizar o dispêndio, fato que não poderia ignorar; tudo a evidenciar alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu.

Antecedentes: neste ponto específico, valem as mesmas considerações já expedidas, e devem ser tidos como favoráveis ao sentenciado.

Conduta social e personalidade do agente: como já afirmado, desfavoráveis ao réu.

Motivos do crime: **idem** ao considerado na fixação da pena-base anterior.

Circunstâncias: no caso, chama a atenção o particularizado modo como o acusado e seu irmão dirigiram e executaram a prática delitiva, fazendo-o por interpostas pessoas, motivo pelo qual não posso deixar de considerar, também, como desfavoráveis as circunstâncias da prática delitiva.

Consequências: nesse contexto, verifica-se que o desvio perpetrado alcança cifras milionárias (R$ 8.400.000,00 sem atualização monetária) provocando considerável abalo no seio da sociedade local, tendo por resultado efetivo descrédito na classe política e inegável abalo nas finanças públicas, o que também repercute negativamente na aferição do castigo.

Comportamento da vítima: inexistente no caso específico – daí por que deixo de considerar esse dado na fixação da pena-base.

Presente esse quadro, tenho para mim que a culpabilidade, a conduta social e personalidade do agente, as circunstâncias, os motivos e as consequências do delito foram desfavoráveis ao sentenciado, motivo pelo qual **fixo a pena-base em dois anos de reclusão**.

Observo, *in casu*, a inexistência de circunstâncias atenuantes (CP, art. 65) e a existência de circunstância agravante (CP, art. 61, II, *g* – com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, na hipótese, o de diretor financeiro da ALE/RO), pelo que acresço à pena-base mais três meses de reclusão.

Ante a inexistência de causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, torno-a definitiva em **dois anos e três meses de reclusão**.

Fica, assim, pelo meu voto, definitivamente condenado o réu *Natan Donadon* **à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, de valor unitário equivalente a 1 salário mínimo**, por infração ao disposto no art. 312, *caput*, c/c os arts. 327, § 2º, e 71, bem como ao disposto nos arts. 288, *caput*, e 69 (em concurso material), todos do Código Penal.

Por último, fixo o regime inicial *fechado* para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos da alínea *a* do § 2º do art. 33 do CP.

Transitado em julgado, lance-se o nome do réu no rol de culpados e expeça-se o competente mandado de *prisão*.

Considerando a extinção do mandato do réu, em face da renúncia noticiada, restam prejudicados os efeitos secundários da presente condenação na forma do estatuído no art. 92, I, *b*, do Código Penal, em conformidade com o disposto no art. 15, III, da Carta da República.

Proponho, finalmente, que, para efeito de interrupção do prazo prescricional, valha a data da sessão em que proferida a decisão.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AP 396/RO — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Revisor: Ministro Dias Toffoli. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia (Procurador: Procurador-geral de Justiça do Estado de Rondônia). Réu: Natan Donadon (Advogados: Bruno Rodrigues, Maurício Corrêa e Mauro Machado Chaiben).

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolveu a questão de ordem suscitada pela relatora no sentido de reconhecer a subsistência da competência do Supremo para a causa, contra o voto do ministro Marco Aurélio. Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, rejeitou todas as preliminares alegadas pelo réu. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação e reconheceu a prática dos delitos previstos nos arts. 288 e 312 do Código Penal, contra o voto do ministro Cezar Peluso (presidente), que absolvia o réu pelo crime do art. 288.

O Tribunal condenou o réu às penas de 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa pelo crime de peculato, e de 2 anos e 3 meses de reclusão pelo crime de quadrilha, num total de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, em regime inicial fechado, vencidos, quanto à fixação da pena pelo crime de peculato, a relatora e os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que aplicavam a pena de 13 anos e 9 meses de reclusão e 230 dias-multa, e o presidente, que aplicava a pena de 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 66 dias-multa, sem prejuízo das demais cominações constantes do voto da relatora. Não votou no mérito e na dosimetria da pena o ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Ministério Público, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, pelo réu, o dr. Bruno Rodrigues. Ausente, justificadamente, o ministro Celso de Mello.

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

Brasília, 28 de outubro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.846 — PE

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – Acel — Requeridos: Governador do Estado de Pernambuco e Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei estadual 12.983/2005 de Pernambuco *versus* CF, 5º, X; 21, XI; e 22, I e IV. 3. Afronta por instituir controle de comercialização e de habilitação de aparelhos usados de telefonia móvel. 4. Precedentes. 5. Ação direta parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da lei pernambucana: arts. 1º, § 1º, I, *b*; 2º; 3º; 4º; e 5º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, rejeitar a preliminar; e, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a ação direta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 25 de novembro de 2010 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pela Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL) contra a Lei 12.983, de 30 de dezembro de 2005, do Estado de Pernambuco, que institui controle de comercialização e de reabilitação de aparelhos usados de telefonia móvel celular, e dá outras providências, por ofensa aos arts. 5º, X; 21, XI; e 22, I e IV, da Constituição Federal.

Eis o teor da norma impugnada:

> Art. 1º Fica criado, no âmbito da Secretaria de Defesa Social – SDS, o cadastro de aparelhos celulares roubados, furtados ou perdidos, com o propósito de controlar, prevenir e monitorar a receptação e reaproveitamento econômico de tais objetos.
>
> § 1º O cadastro de que trata este artigo será alimentado pelas informações prestadas:
>
> I – compulsoriamente:
>
> a) pelas Delegacias de Polícia, que repassarão os dados obtidos em notícias e ocorrências de perda, furto ou roubo de aparelho celular;
>
> b) pelas operadoras do sistema de telefonia móvel, que repassarão os dados obtidos dos usuários que reportarem a perda, furto ou roubo do aparelho.
>
> II – voluntariamente:

a) pelo titular da linha ou dono do aparelho perdido, furtado ou roubado;

b) terceiros conhecedores dos fatos, e interessados no registro.

§ 2º O cadastro instituído por este artigo será integrado ao sistema de registro de Boletins de Ocorrências Policiais, possibilitando, dessa forma, a consulta *on-line* pelos órgãos operativos policiais, devendo, ainda, ser disponibilizado à população pela *internet*, através de página na *web*.

Art. 2º A posse, uso, reabilitação ou reaproveitamento econômico de aparelho de telefonia móvel celular serão reputados como indícios ou prova, conforme o caso, da prática do crime de receptação, capitulado pelo art. 180 do Código Penal, a ser apurado pelos órgãos operativos competentes da SDS.

Art. 3º Ficam as empresas operadoras do serviço móvel celular proibidas de realizar a habilitação ou reabilitação de aparelhos usados, desacompanhados de prova de sua lícita procedência.

Parágrafo único. A prova da licitude da procedência ou origem do aparelho celular usado, para fins de reabilitação ou habilitação no sistema, será realizada por instrumento particular firmado pelo antigo proprietário do bem, atestando a sua tradição para o novo pretenso usuário do sistema.

Art. 4º As empresas concessionárias e operadoras do serviço móvel celular, no âmbito do Estado de Pernambuco, para prevenir ou auxiliar a repressão de delitos, ficam obrigadas a:

I – Realizar verificação em sua respectiva rede, da utilização dos aparelhos celulares constantes do cadastro de que trata o art. 1º, promovendo o seu respectivo bloqueio;

II – Disponibilizar à autoridade policial os dados cadastrais/ERBs dos aparelhos celulares, em casos envolvidos na investigação de sequestros, assaltos em andamento e quaisquer outros crimes que estejam sendo apurados em situação de flagrância;

III – Exigir e cadastrar em seus respectivos sistemas, o registro do IMEI para habilitação do *chip* celular (GSM);

IV – Disponibilizar acesso *on-line* para os órgãos operativos policiais dos dados constantes do Cadastro Nacional de Equipamentos Móveis Impedidos (CEMI) ou outros com a mesma finalidade;

V – Disponibilizar os dados cadastrais dos atuais usuários de linhas telefônicas móveis constantes do cadastro de que trata o art. 1º desta Lei para o CIODS – Centro Integrado de Operações de Defesa Social;

VI – Identificar as chamadas, realizadas através de aparelhos celulares programados para realização de chamadas sem identificação, para os números de emergência – 190, 193 e 197 –, fornecendo para os órgãos operativos competentes da SDS os dados cadastrais dos usuários, no prazo de 48 horas, contado da notificação da chamada.

Art. 5º O descumprimento das obrigações instituídas pela presente Lei sujeitará o infrator ao pagamento de multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada infração cometida.

Art. 6º O Poder Executivo, por decreto, poderá estabelecer normas complementares pertinentes à operacionalização e aplicação da presente Lei, respeitados os seus limites.

Art. 7º Esta Lei entra em vigora na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Aduz a requerente, em síntese, que a lei estadual impugnada é formalmente inconstitucional, por invadir competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, de acordo com o art. 22, IV, da Constituição.

Afirma, ainda, que a mencionada lei está eivada de vício material de inconstitucionalidade, porquanto as diversas obrigações impostas às concessionárias do serviço de telefonia móvel pelo legislador estadual violaram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, alega que a aplicação das obrigações contidas na lei fiscalizada afronta a garantia constitucional do sigilo de dados das comunicações telefônicas, definida no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (fl. 90).

A Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco não prestou informações (fl. 116). De outra parte, o governador do Estado de Pernambuco apresentou informações às fls. 99-108. Afirma, inicialmente, que a lei em questão não trata de telecomunicações, mas dispõe sobre segurança pública que, nos moldes do art. 144 da Constituição Federal é um dever do Estado.

Ressalta, ainda, que o diploma impugnado é típica manifestação do poder de polícia estadual, na medida em que instituiu a execução de procedimentos voltados à viabilização da investigação criminal, assim como a repressão da prática frequente de crimes relacionados com furto, roubo e perda de aparelhos celulares.

Ademais, sustenta que a alegada ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é insubsistente, de tal forma que é plenamente justificável no sistema a criação do ato normativo contestado, porquanto visa a garantir à população maior expectativa de segurança.

Finalmente, afasta o argumento da violação do sigilo das comunicações, ao fundamento de que a lei somente estabelece a obrigação das operadoras de telefonia móvel de informar a ocorrência de furto, roubo ou perda, apontado os números das respectivas linhas telefônicas.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade dos art. 1º, § 1º, I, *b*; e 2º; 3º; 4º; e 5º, por desrespeito à competência da União definida nos arts. 21, XI; e 22, I e IV, da Constituição (fls. 117-132).

O parecer da Procuradoria-Geral da República é, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, visto que a requerente não tem legitimidade ativa para propor ação direta de constitucionalidade, pois não é entidade de classe, apenas "congrega mero segmento do ramo das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações". No mérito, a manifestação é pela procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.983/2005, tendo em vista que a norma termina por modificar a relação contratual estabelecida entre as concessionárias e o poder concedente, em vulneração ao art. 175 da Constituição Federal (fls. 134-143).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A questão constitucional debatida na presente ação cinge-se a saber se a Lei 12.983, de 30 de dezembro de 2005, do Estado de Pernambuco, que institui controle sobre a comercialização e a reabilitação de aparelho usado de telefonia móvel celular, viola o disposto nos arts. 5º, X; 21, XI; e 22, I e IV, da Constituição Federal.

Preliminarmente, reconheço a legitimidade da requerente para a propositura desta ação. Da leitura do estatuto social da empresa, verifica-se que constitui associação de abrangência nacional, representativa das empresas privadas prestadoras do Serviço Móvel Celular (SMC), constando, entre suas associadas, sociedades prestadoras de serviço em todo o território brasileiro. A caracterização da pertinência temática entre a atividade da requerente e o objeto desta ação é verificada a partir do disposto no art. 3º do estatuto social da Acel (fl. 37), que dispõe, *ipsis litteris*:

> Art. 3º A Acel tem como objeto:
> I – A promoção, entre suas Associadas, do intercâmbio de informações que visem o aprimoramento dos serviços por ela prestados e a defesa de seus interesses comuns;
> II – A representação dos interesses coletivos de suas Associadas perante instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, bem como junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – da União, dos Estados e dos Municípios – e outras entidades de qualquer forma relacionadas com os objetivos sociais e com os interesses comuns das Associadas, dependendo de prévia autorização da Diretoria Executiva;
> III – A divulgação e promoção, por meio da realização de simpósios, cursos e seminários, de atividades relacionadas ao mercado de telecomunicação móvel e outros afins, sempre voltados para a melhor capacitação de suas Associadas e demais interessados;
> IV – A promoção, o incentivo e o custeio de estudos e ações que propiciem o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil – em especial o do Serviço Móveis Pessoal –, a defesa da livre concorrência, dos princípios da ordem econômica no setor e a prática dos princípios regulamentares estabelecidos para a prestação do serviço;
> V – O acompanhamento dos parâmetros estabelecidos pelos órgãos regulatórios, bem como a elaboração de prospecção de novos serviços e avanços tecnológicos que afetem as Associadas, por meio de monitoramento das tendências e mudanças no cenário nacional;
> VI – A integração com associações de classe que tenham como objetivo o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de atividades de telecomunicações;
> VII – A instituição e a defesa de normas éticas e regulamentares que deverão nortear as atividades de suas Associadas.

Verifico, também, a regularidade dos demais requisitos de admissibilidade desta ação direta: a requerente indicou a lei sobre a qual versa a ação (Lei estadual 12.983/2005 de Pernambuco), bem como os fundamentos jurídicos do pedido (violação aos arts. 5º, II; 22, IV; e 37, todos da Constituição da República).

Apresentou, ainda, juntamente com a petição inicial, cópia da norma impugnada e procuração com poderes específicos para propositura da ação.

Presentes os requisitos de admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, passo ao exame de mérito.

O art. 22, IV, da Constituição assim estabelece a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; [Sublinhei.]

Nesse mesmo sentido, o art. 21, XI, da Constituição confere à União a competência para explorar serviços de telecomunicações e determina, para tanto, a edição de lei regulamentadora, nos seguintes termos:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

A referida competência da União já foi objeto de análise desta Corte em diversas ocasiões, sendo firme a orientação no sentido da inconstitucionalidade formal de lei estadual que discipline aspectos referentes a telecomunicações.

Nesse particular, cito os seguintes julgados:

> *Inconstitucionalidade. Ação direta*. Lei distrital 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI; 22, IV; e 175, parágrafo único, incisos I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha a concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas. [ADI 3.322-MC, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-12-2006.]

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei distrital 3.596. Imposição às empresas de telefonia fixa que operam no Distrito Federal de instalação de contadores de pulso em cada ponto de consumo. Violação do art. 22, IV, da Constituição do Brasil*. 1. A Lei distrital 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa – art. 22, IV, da Constituição do Brasil. 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital 3.596/2005. [ADI 3.533, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 6-10-2006.]

Constitucional. Projeto de lei estadual de origem parlamentar. Veto total. Promulgação da lei pela Assembleia. Norma que disciplina forma e condições de cobrança pelas empresas de telecomunicações. Matéria privativa da união. Ofensa ao art. 21, XI, da CF. Liminar deferida. [ADI 2.615-MC, rel. min. Nelson Jobim, *DJ* de 6-12-2002.]

Cito, também, a concessão, pela Presidência desta Corte, das medidas cautelares pleiteadas nas ADI 3.847 (medida cautelar concedida pela então presidente, ministra Ellen Gracie, *DJ* de 5-2-2007) e 4.369 (medida cautelar que concedi enquanto presidente da Corte, *DJE* 20, de 2-2-2010), esta última referendada pelo Plenário em 23-6-2010 (rel. min. Marco Aurélio, acórdão pendente de publicação).

Ademais, o art. 175 da Constituição disciplina a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão pelo poder público, nos seguintes termos:

> Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
>
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
>
> I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
>
> II – os direitos dos usuários;
>
> III – política tarifária;
>
> IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A lei a que se refere o parágrafo único do dispositivo transcrito, conforme ponderado por esta Corte no julgamento da ADI 3.322-MC (rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-12-2006), deve ser editada, necessariamente, pelo ente político responsável pela prestação do serviço.

Nesse sentido, cabendo à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, compete-lhe privativamente legislar sobre o regime das concessionárias, questões relativas a contrato, direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Este Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Em conformidade com este entendimento, têm-se os seguintes julgados: ADI 3.322-MC/DF, Pleno, maioria, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-12-2006; ADI 3.533/DF, Pleno, maioria, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 6-10-2006; ADI 2.615-MC/SC, Pleno, unânime, rel. min. Nelson Jobim, *DJ* de 6-12-2002; ADI 2.337-MC/SC, Pleno, maioria, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 21-6-2002.

Cito, a título exemplificativo, a ementa do acórdão prolatado na ADI 2.337-MC/SC, rel. min. Celso de Mello:

Ação direta de inconstitucionalidade – Concessão de serviços públicos – Invasão, pelo Estado-membro, da esfera de competência da União e dos Municípios – Impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre o poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias – Inviabilidade da alteração, por lei estadual, das condições previstas na licitação e formalmente estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal e municipal – Medida cautelar deferida. Os Estados-membros – que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias – também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, *b*) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo.

É necessário, portanto, que qualquer alteração na relação estabelecida entre o poder concedente e a concessionária dê-se de maneira uniforme em todo o território nacional.

Além disso, conforme se extrai do disposto no art. 175 da Constituição, a competência da União para legislar sobre telecomunicações não se restringe ao vínculo existente entre o poder concedente e as operadoras de telefonia, mas abrange, entre outros temas, a regulamentação da relação entre o usuário e as empresas prestadoras do serviço.

É necessário verificar, portanto, se a Lei 12.983/2005 de Pernambuco disciplina matéria referente a telecomunicações.

Conforme sustentado pelo advogado-geral da União, a mencionada lei, em seus arts. 1º, § 1º, I, *b*; 3º, *caput*; e 4º, cria diversas obrigações para empresas prestadoras de serviço de telefonia móvel, nos seguintes termos:

> Segundo dispõe aquele diploma, ficam as empresas, sob pena de multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), obrigadas a:
>
> a) repassar os dados obtidos dos usuários que reportarem a perda, furto ou roubo do aparelho, a fim de alimentar a base de dados da SDS (art. 1º, § 1º, I, *b*);
>
> b) não habilitar aparelhos, novos ou usados, se desacompanhados de prova da sua lícita procedência (art. 3º, *caput*);
>
> c) realizar verificação em sua respectiva rede, da utilização dos aparelhos celulares constantes do cadastro de que trata o art. 1º, promovendo o seu respectivo bloqueio (art. 4º, I);
>
> d) disponibilizar à Autoridade Policial os dados cadastrais/ERBs dos aparelhos celulares, em casos envolvidos na investigação de sequestros, assaltos em andamento e quaisquer outros crimes que estejam sendo apurados em situação de flagrância (art. 4º, II);

e) exigir e cadastrar em seus respectivos sistemas o registro do IMEI para habilitação do *chip* celular (GSM) (art. 4º, III);

f) disponibilizar acesso *on-line* para os Órgãos Operativos Policiais dos dados constantes do Cadastro Nacional de Equipamentos Móveis Impedidos (CEMI) ou outros com a mesma finalidade (art. 4º, IV);

g) disponibilizar os dados cadastrais dos atuais usuários de linhas telefônicas móveis constantes do cadastro de que trata o art. 1º desta Lei para o CIODS – Centro Integrado de Operações de Defesa Social (art. 4º, V);

h) identificar as chamadas, realizadas através de aparelhos celulares programados para a realização de chamadas sem identificação, para os números de emergência – 190, 193 e 197 –, fornecendo para os órgãos operativos competentes da SDS os dados cadastrais dos usuários, no prazo de 48 horas, contado da notificação da chamada (art. 4º, VI) – (fls. 122/123).

Ademais, o art. 5º da Lei estadual 12.983/2005 sujeita o descumprimento das referidas obrigações à multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada infração cometida.

Assim, os arts. 1º, § 1º, I, *b*; 3º; 4º; e 5º da Lei 12.983/2005, ao determinarem às empresas prestadoras de serviço de telefonia móvel a adoção de diversas condutas não previstas no contrato por elas firmado com o poder concedente federal, adentraram tema referente ao direito das telecomunicações, violando o disposto nos arts. 21, XI; 22, IV; e 175 da Constituição da República.

Acrescento que não há lei complementar que, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição, autorize os estados a legislar sobre questão específica em matéria de telecomunicações.

Ressalto, ainda, que o art. 2º impugnado, ao definir certos atos como prova ou indício de crime, violou a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição.

De fato, o tema "provas e indícios" é amplamente disciplinado pelo Código de Processo Penal, em especial no Título VII.

São inconstitucionais, portanto, os arts. 1º, § 1º, I, *b*; 2º; 3º; 4º; e 5º da Lei 12.983/2005 do Estado de Pernambuco.

O mesmo não se pode afirmar em relação aos demais dispositivos da lei fiscalizada. Nesse sentido, constitucionais são os dispositivos restantes do art. 1º da lei objurgada (*caput*, § 1º, I, *a*; § 1º, II; e § 2º), na medida em que objetivam, apenas, à implementação de banco de dados para auxiliar os agentes administrativos na prevenção e na investigação de infrações penais, por meio da integração das delegacias estaduais e da ajuda voluntária da população, usuários ou não do serviço público. Conforme sustentado pelo advogado-geral da União, "a manutenção de informações sobre aparelhos envolvidos em roubo, furto ou perda representa medida que facilita o trabalho da Administração, em especial da polícia, e de nenhum modo atenta contra princípios insculpidos na Lei Maior" (fl. 122).

Também, não há ofensa à Constituição, nem dependência em relação aos dispositivos declarados inconstitucionais, no disposto pelos demais artigos da Lei pernambucana 12.983/2005.

Ante o exposto, voto no sentido da procedência parcial desta ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 1º, I, *b*; 2º; 3º; 4º; e 5º, todos da Lei 12.983, de 30 de dezembro de 2005, do Estado de Pernambuco.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Ayres Britto: O Ministério Público se contrapõe, no parecer, à legitimidade ativa da requerente, dizendo que há impossibilidade até mesmo de se apurar, pelos atos estatutários constantes dos autos, a classificação da entidade como de âmbito nacional, além dessa alegação de que é um mero seguimento do ramo das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): É isso o que estou dizendo. Na verdade, ela representa todas as entidades do segmento de telefonia celular. Parece-me, hoje, que é inevitável esse tipo de segmentação.

Por isso, estou reconhecendo a legitimidade.

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, ficarei vencido na preliminar.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, discordo em parte da fundamentação, mas acompanho o nobre relator quanto à conclusão.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Se bem entendi, o ministro está salvando, e eu salvaria, também, o art. 1º, § 1º; o inciso I, *a*; o inciso II, *a* e *b*; § 2º; os arts. 6º e 7º para mim são constitucionais. É isso, ministro?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Sim. Estou declarando a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1º, I, *b*; portanto, estou deixando a alínea *a*.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É que o § 1º, em si, pode ser salvo, *data venia*, porque o cadastro de que trata este artigo...

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Porque a alínea *b* manda, "compulsoriamente", que as empresas forneçam.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois é, mas eu manteria o art. 1º, que permite a criação do cadastro e me parece legítimo.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Isso está mantido. Estou declarando a inconstitucionalidade da alínea *b*.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Se nós derrubarmos o § 1º, aí também teríamos de derrubar o "compulsoriamente" do inciso I e a *a*.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Estou derrubando compulsoriamente em relação à alínea *b*.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Só alínea *b*?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): O art. 1º está mantido.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O art. 1º, a meu ver, estaria hígido; o § 1º, hígido; o inciso I, hígido; a alínea *a*, hígida.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): O *caput* do § 1º, I, *a*, mantido.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim. O inciso II está de acordo; o *a* e o *b*, para mim, também são constitucionais; o § 2º também é constitucional; e depois, finalmente, o 6º e o 7º, a meu ver, são constitucionais.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.846/PE — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – Acel (Advogados: Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo e outros). Requeridos: Governador do Estado de Pernambuco e Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar contra o voto do ministro Ayres Britto. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgou parcialmente procedente a ação direta. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Falou pela requerente o dr. Guilherme Nostre.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 25 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal 11.516/2007. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de classe de âmbito nacional. Violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar. Inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos efeitos temporais da nulidade (art. 27 da Lei 9.868/1999). Ação direta parcialmente procedente.

1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de "entidade de classe de âmbito nacional" previsto no art. 103, IX, da CRFB.

2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional.

3. *In casu*, a entidade proponente da ação *sub judice* possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

4. As comissões mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de medidas provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de relator nomeado pela comissão mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A doutrina do tema é assente no

sentido de que "'O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias'. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 1/2002–CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da comissão mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da comissão mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias comissões mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da comissão mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela comissão mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008. p. 285).

6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de medidas provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1.910-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 22-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 2-12-1998; ADI 2.736/DF, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 8-9-2010; ADI 1.753-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16-4-1998).

7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/1999 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, *caput*, da Constituição, seria temerário admitir que todas as leis que derivaram de conversão de medida provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda 32, de 2001, devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*.

9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso *sub judice* a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. *RePro*, vol. 198, p. 389, ago/2011).

10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

11. Ação direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, para preservar a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em acolher questão de ordem suscitada pelo advogado-geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da ADI 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de

inconstitucionalidade dos art. 5º, *caput*, art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator, contra o voto do ministro Cezar Peluso (presidente), que julgava procedente a ação.

Brasília, 8 de março de 2012 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA nacional) em face da Lei federal 11.516/2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio); altera as Leis 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 2 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000, 10.410, de 11 de janeiro de 2002, 11.156, de 29 de julho de 2005, 11.357, de 19 de outubro de 2006, e 7.957, de 20 de dezembro de 1989; revoga dispositivos da Lei 8.028, de 12 de abril de 1990, e da MP 2.216-37, de 31 de agosto de 2001; e dá outras providências.

A referida lei, fruto de conversão de medida provisória (n. 366), teve por objetivo criar novo órgão (ICMBio), encarregado de conferir maior celeridade aos procedimentos de licenciamento ambiental.

Alega a proponente, no campo da inconstitucionalidade formal, que: (i) a medida provisória que deu origem à lei objurgada não foi examinada pela comissão mista de deputados e senadores de que trata o art. 62, § 9º, da Constituição, o que comprova por meio do Ofício 182 da Câmara dos Deputados, do termo de reunião do Senado Federal e de documento da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal; (ii) a referida medida provisória não atendeu aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, *caput*, da Carta Magna – colaciona precedentes do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu a possibilidade de o Judiciário analisar tais requisitos (ADI 1.717-MC/DF e ADI 2.213-MC/DF).

Segundo a inicial, a ausência de urgência na edição da MP resta evidenciada pelo fato de que o ICMBio firmou acordo de cooperação com o Ibama, por meio de portaria conjunta (n. 6 de 30-11-2007), no qual o primeiro delega praticamente todas as suas atribuições para o último.

Já na seara da inconstitucionalidade material, sustenta a proponente que o diploma vergastado viola: (i) o art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição, porquanto a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade enfraquece a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fragmentando a gestão ambiental integrada e fracionando e reduzindo o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA); (ii) o princípio da proporcionalidade, na medida em que desnecessária a criação de uma nova autarquia enquanto já existente outro ente, o Ibama, que realizava idênticas atribuições, podendo ser alcançada a maior celeridade na concessão de licenciamentos ambientais por meio da alteração no procedimento legal, na contratação de mais técnicos ou

com o deslocamento de efetivo para a área; (iii) o princípio da eficiência, pois a criação do ICMBio resultou em aumento de gasto público, sem a contrapartida de melhoria na proteção ambiental.

O então relator, ministro Eros Grau, determinou a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999.

O advogado-geral da União manifestou-se no sentido de que:

(i) a proponente da ação direta é parte ilegítima, pois, além de não ter comprovado ser associação de âmbito nacional, trata-se de entidade que agrega apenas pequena parcela dos servidores públicos federais, de carreiras que sequer têm identidade originada da Carta Magna, faltando-lhe, assim, representatividade;

(ii) os requisitos de relevância e urgência, na hipótese, são de avaliação subjetiva estritamente política, cuja apreciação é vedada ao Judiciário, e, ademais, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que a conversão da medida provisória em lei prejudica a análise destes requisitos (ADI 1.417, rel. min. Octavio Gallotti; ADI 1.726/DF, rel. min. Maurício Corrêa; ADI 1.976, rel. min. Joaquim Barbosa);

(iii) apesar da ausência de apreciação pela comissão mista, a MP 366/2007 foi analisada por deputado relator nomeado pelo Plenário do Congresso Nacional, o qual concluiu pela existência de relevância e urgência no caso;

(iv) na espécie, houve a constituição da comissão, malgrado não tenha emitido o parecer, que tem caráter meramente opinativo, por falta de *quorum*. Por este motivo, o descumprimento do art. 62, § 9º, da Carta Magna, tida como simples peculiaridade do processo legislativo, não deve inquinar a lei com a pecha de inconstitucionalidade;

(v) A Resolução 1/2002 do Congresso Nacional determina que, uma vez esgotado o prazo para a emissão de parecer pela comissão mista, o processo deve ser encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a medida provisória, sendo esse também o ensinamento de José Afonso da Silva;

(vi) não procede o argumento de violação ao art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição, uma vez que a criação do ICMBio serviu para fortalecer e assegurar a efetividade do direito fundamental ambiental em conjunto com as atividades do Ibama, fazendo parte de uma reestruturação da organização administrativa voltada à preservação do meio ambiente, que perpassou pela criação do Serviço Florestal Brasileiro, pela Secretaria de Mudança Climática e Qualidade Ambiental e pela Secretaria de Extrativismo e Desenvolvimento Rural Sustentável;

(vii) não houve preterição do princípio da proporcionalidade – o Ibama era incumbido de mais de uma centena de atribuições, sofrendo com o acúmulo de tarefas, a falta de estrutura e a carência de pessoal, sendo que o ICMBio foi criado para dar foco às ações de conservação da biodiversidade, contando hoje com 1.634 servidores, 293 unidades de conservação federais e 15 centros especializados para pesquisa.

Em seguida, o procurador-geral da República opinou pela improcedência do pedido, reproduzindo, no mérito, basicamente todos os argumentos do

advogado-geral da União. Afastou, contudo, a preliminar de ilegitimidade ativa, pois a entidade proponente representa todos os servidores públicos federais que efetivamente têm relação com a questão ambiental, além de possuir previsão em seu estatuto voltada à conservação do meio ambiente.

O Senado Federal prestou informações por meio de sua advocacia. Suscitou a ilegitimidade ativa *ad causam* da entidade postulante, por reunir apenas parte da categoria dos servidores públicos civis. Ainda preliminarmente, requereu o não conhecimento da ação direta, pois a proponente pretende a análise de uma portaria conjunta, o que é vedado na via eleita. Quanto à alegada inobservância do art. 62, § 9º, da Lei Maior, citou decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.289, na qual o relator, ministro Gilmar Mendes, teria assentado que a não constituição da comissão mista não determina a inconstitucionalidade do diploma. No que atine aos requisitos de relevância e urgência, defendeu a prejudicialidade dessa questão, em virtude da conversão da medida provisória em lei, a pressupor que o Congresso Nacional exerceu a sua atribuição constante do art. 62, § 5º, da Constituição ("A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais"). Por fim, na seara material, argumentou que a alegação de enfraquecimento da proteção ao meio ambiente só seria aferível mediante dilação probatória, para que se comprove mediante estudos, gráficos e planilhas, além de negar a afronta à proporcionalidade.

Em seguida, o então relator, ministro Eros Grau, negou seguimento à ação direta, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, por considerar que a Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA) não constitui entidade de classe, mas associação ordinária de pessoas.

A entidade proponente opôs embargos de declaração, aduzindo que está presente nos 27 Estados da Federação e possui mais de quatro mil associados em todo o País, não podendo ser considerada como associação de pouca representatividade, de uma pequena parcela de servidores, mas congrega toda a classe dos servidores públicos federais ambientais.

Os embargos de declaração foram admitidos pelo ministro relator como agravo regimental, abrindo vista ao Ministério Público Federal, que emitiu novo parecer, concluindo pela necessidade de reforma da decisão, porquanto a relação de associados comprova o caráter nacional da agravante, e a legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional deve ser interpretado extensivamente, de modo a democratizar o controle concentrado e conferir papel destacado às organizações da sociedade civil na área da hermenêutica constitucional.

A Asibama acostou aos autos seu novo estatuto e a lista atual de todos os 4.500 associados por todo o País, integrantes de todos os órgãos ambientais federais do Brasil.

A decisão recorrida foi reconsiderada, na forma do art. 317, § 2º, do RISTF.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A presente ação direta de inconstitucionalidade questiona a juridicidade da Lei federal 11.516/2007, a qual criou nova entidade autárquica, cognominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

Preliminarmente, cumpre analisar a legitimidade ativa *ad causam* da Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA nacional), composta por 4.500 associados por todo o território nacional, integrantes de todos os órgãos ambientais federais do Brasil.

A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da ação direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao procurador-geral da República para a utilização da representação de inconstitucionalidade.

O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Em passagem de sua obra, o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais:

> A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.
>
> (...)
>
> A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (...). [HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Constituição para e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.]

O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa

a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (*Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. *passim*), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico.

Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: "'*El dominio del pueblo' se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas*" (em tradução livre: "O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas". HABËRLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137).

A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida.

À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de "entidade de classe de âmbito nacional". A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, entre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (*Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino *(La Constitución de la*

democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar.

O ministro Gilmar Mendes, em obra elaborada em coautoria com Ives Gandra, noticia que até 28 de fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa da entidade de classe 154 ações diretas de inconstitucionalidade (Op. cit. p. 175-185). Descrevendo a conjuntura por outro ângulo, Luís Roberto Barroso relata que até o final do ano de 2005 somente 34 confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional tiveram seu direito de propositura reconhecido (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148-149). O quadro relatado revela um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso.

Na espécie, a entidade proponente comprovou possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

Consectariamente, não merece prosperar o argumento suscitado pela Advocacia-Geral da União, no sentido de que a Asibama Nacional reúne apenas pequena parcela dos servidores públicos federais, de carreiras que sequer têm identidade originada da Carta Magna, pelo que lhe faltaria representatividade. Em verdade, caso assim se entendesse, haveria clara contradição com a orientação deste Supremo Tribunal, firmada, *v.g.*, na ADI 57 (rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 13-12-1991), na ADI 334 (rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 31-3-1995), e na ADI 108 (rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 5-6-1992), de que deve haver homogeneidade de interesse entre os integrantes da associação, pois "não se configuram como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes".

Ora, resta evidente que a criação de nova autarquia destinada à defesa do meio ambiente só interessa àquela parcela de servidores públicos que atuam na seara ambiental, estes representados pela Associação proponente. Configurada, portanto, a legitimidade ativa, nos termos do art. 103, XI, da Constituição.

Superada a preliminar, passa-se à análise das alegações de mérito colocadas pela entidade proponente.

A primeira dessas alegações é a de que durante o processo de conversão da MP 366 de 2007 na lei ora objurgada, não foi observado o quanto disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, *verbis*:

> Art. 62, § 9º: Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Segundo colhe-se dos elementos trazidos aos autos, a comissão mista de que trata o dispositivo foi constituída. Entretanto, não houve quórum para

votação (1/3 dos membros da comissão), motivo pelo qual foram observados os termos da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, que assim dispõe:

> Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no *Diário Oficial da União* para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.
>
> (...)
>
> Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no *Diário da Câmara dos Deputados* o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no *Diário Oficial da União.*
>
> § 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.
>
> § 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

Em breves linhas, dispõe a mencionada resolução que a comissão mista terá o prazo de quatorze dias para emitir parecer sobre a medida provisória. Findo esse prazo, mesmo sem a prolação do parecer, o processo legislativo deve seguir seu curso, passando a Câmara dos Deputados a examinar a matéria. Nesta hipótese, a comissão mista pode, conforme determina a resolução, emitir o parecer, por meio de seu relator, no Plenário da Câmara dos Deputados. E assim ocorreu no caso *sub examine*: o parlamentar nomeado como relator se encarregou de emitir parecer sobre a medida provisória diretamente perante o Plenário, posteriormente convertida na Lei federal 11.516/2007.

Sob o enfoque do direito comparado, temos que, na Argentina, o art. 99, 3, da Constituição estabelece que os *decretos de necesidad y urgencia* devem ser apreciados por comissão parlamentar mista permanente:

> *Art. 99, 3: Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.*
>
> *El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la*

totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Apesar da relevância institucional da comissão bicameral, que se encarrega de lançar luzes sobre as razões de fato e de direito que devem ser apreciadas pelas Câmaras no processo de aprovação do decreto, tanto o preceito constitucional supracitado, quanto a Lei nacional 26.122/2006, que dispõe sobre o "*régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes*", permitem que o decreto seja analisado diretamente pelas Câmaras, caso o parecer não seja proferido pela comissão mista no prazo de dez dias:

Ley 26.122/2006
Despacho de la Comisión Bicameral Permanente
Artículo 19. La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II y III del presente Título.
Tratamiento de oficio por las Cámaras
Artículo 20. Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional.

Há, todavia, importante distinção entre o panorama argentino e a determinação dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional: naquele país, a dispensabilidade do parecer da comissão bicameral decorre da própria Constituição; aqui, não há correspondente permissivo.

Põe-se em cheque, desta feita, a própria constitucionalidade do processo legislativo estabelecido nos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução do Congresso, por meio da qual foi aprovada a lei impugnada na presente ação direta.

A magnitude das funções das comissões mistas no processo de conversão de medidas provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da comissão mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

Em razão disso, há que se reconhecer a inconstitucionalidade dos já citados arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, pois dispensam a prolação de parecer por parte da comissão mista, não sendo suficiente sua elaboração por parlamentar relator.

Não se desconhece que este Supremo Tribunal já teve oportunidade de apreciar a matéria, na ADI 3.289, julgada pelo Pleno em 5-5-2005, no bojo da

qual o ministro Gilmar Mendes, relator, matizou a aplicação do art. 62, § 9º, da Constituição, nos seguintes termos, extraídos de seu voto:

> Outra impugnação de caráter formal refere-se à suposta violação ao art. 62, § 9º, da Constituição. (...) considerando que ainda estamos em uma fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3.289.
>
> No caso, resta evidenciado que por duas vezes foi convocada a reunião para instalação da Comissão, não se chegando, todavia, ao *quorum* necessário.
>
> Essa falha procedimental, considerado o atual estágio de implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, em que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes, de instalação da comissão mista, no meu entendimento, ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido § 9º.

Afigura-se claro, da leitura deste excerto, que a aludida decisão baseou-se em motivos circunstanciais, consubstanciados na recentidade da Emenda Constitucional 32/2001, que inseriu no corpo da Lei Maior a exigência do § 9º do art. 62. No presente caso, decorrida uma década sem que o Congresso tenha se estruturado de forma eficiente para cumprir o comando constitucional, a aplicação de idêntico argumento soaria frívolo.

Argumenta-se em favor da dispensabilidade do parecer da comissão mista que a medida provisória deve ser apreciada em prazo exíguo, não somente para preservar a situação de urgência que, ao menos supostamente, justificou a sua edição, mas também para não tumultuar os trabalhos do Legislativo, pelo trancamento de pauta. A escusa não procede. Além de a Constituição apenas prever o regime de urgência caso a medida provisória não seja apreciada em 45 dias, contados de sua publicação, não se deve olvidar, outrossim, que o referido regime de urgência, constitucionalmente previsto para as medidas provisórias, não consiste em exceção ao art. 62, § 9º, da Carta Magna, o qual impõe a efetiva participação da comissão mista no processo de conversão. Essa também a orientação de Paulo Adib Casseb, para quem "a realidade anula a esperança constitucional quanto à efetivação do juízo de admissibilidade e do exame do mérito das medidas provisórias que, em tese, competiriam à Comissão Mista" (*Processo legislativo*: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285).

Também não procede a alegação de que a oposição parlamentar poderia turbar os trabalhos da comissão, impedindo a votação da matéria e, consequentemente, da aprovação das medidas provisórias. As comissões devem guardar representação proporcional à dos partidos ou dos blocos parlamentares, nos termos do art. 58, § 1º, da Constituição. Se o cenário político no Congresso é desfavorável à aprovação da medida, presume-se que não é da vontade democrática a sua adoção. Entender o contrário implica transferir ao Executivo a política legislativa ordinária, eliminando os mais turvos traços da separação dos Poderes na configuração do Estado brasileiro, característica essa erigida pelo constituinte ao *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III).

A visão crítica, em reproche à praxe parlamentar de substituir, na quase totalidade dos casos, a atuação da Comissão Mista pela de um relator, inspirou a obra de Clèmerson Merlin Clève, que se ocupou precisamente da matéria ora debatida, sendo relevante a transcrição do seguinte trecho:

> Conforme Juliana Freitas do Valle, os trabalhos da Comissão Mista propiciam o uso legítimo das medidas provisórias: "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias". Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista.
>
> (...)
>
> A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: "No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário".
>
> Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.
>
> (...)
>
> Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes. [*Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180.]

É válido mencionar que já foi impetrado, por parlamentar, mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de impedir novas apreciações, pelo Plenário, de medidas provisórias sobre as quais não haja parecer da Comissão Mista. Trata-se do MS 27.971, da relatoria do ministro Celso de Mello, o qual extinguiu monocraticamente o feito em virtude da perda da condição de parlamentar pelo impetrante, bem como por entender Sua Excelência impossível a apreciação em abstrato, na sede escolhida, de uma conduta inconstitucional do Congresso, sem que se aponte um ato concreto.

A efetividade do art. 62, § 9º, da Carta Magna não pode mais ser negada. O Pretório Excelso não pode ser conivente com o desrespeito à Constituição, quanto mais quando a práxis vetusta se revela tão nociva à democracia e ao correto funcionamento do sistema de equilíbrio entre os Poderes da República.

Porém, esse não é o único vício de inconstitucionalidade formal que inquina a lei vergastada. Em verdade, não havia urgência para a edição da MP 366 de 2007, porquanto criou autarquia (o Instituto Chico Mendes) responsável por funções exercidas por entidade federal preexistente (o Ibama), utilizando, ademais, recursos materiais disponibilizados por esta. Fica vencida, diante disso, a alegação de que a urgência, na hipótese, decorreu da necessidade de reestruturar a organização administrativa de defesa do meio ambiente, considerando que os danos ambientais, na maior parte dos casos, são irreversíveis.

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de medidas provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. John Hart Ely explicita de forma precisa o papel do Judiciário no jogo democrático: *"Courts thus should ensure not only that administrators follow those legislative policy directions that do exist (...) but also that such directions are given"* (em tradução livre: "As Cortes, então, deveriam assegurar não somente que os administradores sigam essas orientações políticas dadas pelo Legislativo já existentes, mas também que tais orientações sejam dadas". *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review.* Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 133). O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, deve assegurar que o Legislativo não se torne um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo, que se limite a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo chefe da administração.

A má utilização dos provimentos de urgência pelo Executivo pode gerar efeitos indesejados, não somente para a ordem social, mas igualmente para a dinâmica decisória das Casas parlamentares, com constantes trancamentos de pauta e apressando a deliberação sobre temas que demandariam maior reflexão.

Mario Midón, ao dissertar sobre os efeitos indesejados da adoção desse instrumento tipicamente parlamentarista em sistemas presidencialistas, como sói acontecer em quase toda a América Latina, conclui:

> *En efecto, un espacio institucional en que el Ejecutivo es emanación de las Cámaras, donde su mantenimiento responde a la voluntad de la asamblea y al equilibrio político entre gabinete y Parlamento, presta un marco de interdependencia por integración a partir del cual es más factible que el controlante juzgue a su controlado.*
>
> *Por oposición, la modalidad presidencial con un Ejecutivo fuerte – sobre todo si es fuertísimo – como ocurre en la mayoría de los países Latinoamericanos – ofrece a aquél la nada desdeñable perspectiva de extender sus prerrogativas para convertirse en un presidente que no sólo gobierna y administra, sino que de modo regular también legisla.*
>
> *Si alguna duda cupiese están a la vista los desarreglos de Perú y Brasil, naciones donde al amparo de permisivas interpretaciones estos actos se ven multiplicados como peces y panes en el milagro bíblico.*

(Em tradução livre: "Com efeito, um espaço institucional em que o Executivo é emanação das Câmaras, onde sua manutenção reflete a vontade da Assembleia e do equilíbrio político entre Governo e Parlamento, proporciona um quadro de interdependência por integração a partir do qual é mais factível que o controlante julgue seu controlado. Em contraste, a modalidade presidencial com um Executivo forte – sobretudo se for fortíssimo – como ocorre na maioria dos países Latinoamericanos – oferece àquele a nada desdenhável perspectiva de alargar suas prerrogativas para se tronar um Presidente que não só governa e administra, mas também legisla regularmente. Se existe alguma dúvida, estão à vista as desordens de Perú e Brasil, nações aonde, ao amparo de interpretações permissivas, esses atos se vêem multiplicados como peixes e pães no milagre bíblico". [MIDÓN, Mario A. R. *Sobre la dimensión adquirida por los decretos de necesidad y urgencia en el derecho argentino*. Disponível em <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 12 de maio de 2011.]

O controle da existência do requisito de urgência não é novidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que se nota a partir da análise das decisões a seguir arroladas:

Ementa: Ação rescisória: arguição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MP 1.703/1998 a MP 1.798-3/1999) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial": preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADI 1.753, que persistem na presente. [ADI 1.910-MC, rel. min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, julgado em 22-4-2004, *DJ* de 27-2-2004. PP-00019 EMENT VOL-02141-02 PP-00408.]

Ementa: Constitucional. Medida provisória não rejeitada expressamente: reedição: possibilidade. Requisitos de urgência e relevância. Previdenciário: contribuição dos servidores ao PSSSP. I – Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADI 295/DF, 1.397/DF, 1.516/RO, 1.610/DF, 1.135/DF. II – Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos – relevância ou urgência – evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedentes: ADI 162/DF, Moreira Alves, 14-12-1989; e 1.397/DF, Velloso, *RDA* 210/294. [ADI 1.647, rel. min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, julgado em 2-12-1998, *DJ* de 26-3-1999 PP-00001 EMENT VOL-01944-01 PP-00093.]

Outros precedentes podem ser citados: ADI 2.736/DF, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 8-9-2010; ADI 1.753-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16-4-1998.

In casu, o abuso do poder de editar medidas provisórias afigura-se evidenciado de forma patente, sendo impossível defender com seriedade que a criação de um ente para desincumbir-se das mesmas atribuições de autarquia já em operação revista-se da urgência necessária para afastar a adoção do rito legislativo ordinário.

Por outro lado, não pode a Corte fechar os olhos para os efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos pode acarretar para a sociedade.

A proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007.

No que atine à não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as leis que derivaram de conversão de medida provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda 32, de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa.

A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos Linkletter *v.* Walker (381 U.S. 618) e Stovall *v.* Denno (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Atento a isso, o legislador permitiu expressamente a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia prospectiva de nulidade no art. 27 da Lei 9.868/1999, que reza:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Considerando o volume quantitativo de leis aprovadas com base na prática inconstitucional de dispensar a manifestação da comissão mista no trâmite parlamentar das medidas provisórias, a atitude mais prudente, a bem do interesse público, é adotar a técnica denominada *pure prospectivity*, modalidade de superação da jurisprudência (*prospective overruling*) na qual, conforme preleciona Bruno Bodart, "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a

suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. *RePro*, vol. 198, p. 389, ago/2011).

Sendo assim, fica declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, ficando preservada a higidez de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a presente data, inclusive da Lei federal 11.516/2007, impugnada na presente ação. Assegura-se, ainda, a validade da adoção do procedimento ora declarado inconstitucional para a aprovação das medidas provisórias que atualmente tramitam no Parlamento. Quanto às demais, deverá o Congresso dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 9º, da Constituição, sendo vedada a apreciação pelo Plenário sem o prévio parecer da comissão mista de deputados e senadores.

No que concerne à inconstitucionalidade material suscitada pela entidade proponente, maior razão não lhe assiste. Sustenta-se na inicial que a criação da nova autarquia vulnerou e fracionou o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), afrontando, assim, o art. 225, § 1º, da Constituição, no qual está previsto o dever do Estado de proteger o meio ambiente; além disso, haveria violação aos princípios da proporcionalidade e da eficiência pela criação de nova entidade, aumentando o gasto público, sem que se observe a melhoria na execução da atividade administrativa em relação aos serviços que já eram prestados pelo Ibama.

Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Aqui, sim, se aplica o alerta de Alexander Bickel, de que o Judiciário enfrenta "dificuldades contramajoritárias" (*countermajoritarian difficulty*) ao adotar uma postura ativista no controle das decisões dos agentes eleitos democraticamente (*The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. Yale University Press, 1986), quanto mais quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais.

Ex positis, voto no sentido de julgar a presente ação direta improcedente, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional, modulando temporalmente os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, para preservar a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente; egrégio Plenário; ilustre representante do Ministério Público; ilustre advogado-geral da União, ministro Adams; advogados presentes; estagiários, essa questão vai gravitar não só em torno dos requisitos da medida provisória, mas, especificamente, no

cumprimento de formalidades constitucionais para a edição da medida provisória, sendo certo que a abordagem do tema tem que, necessariamente, levar em conta o resultado do que decidido em razão das nossas questões ambientais, da eficiência da atuação ambiental do Brasil e do que o Brasil representa, hoje, nesse cenário ambiental.

Daí esse antecedente rápido sobre o voto que eu peço vênia para iniciar a leitura.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, apenas para discussão, a mim parece bastante relevante a proposta trazida pelo eminente relator, especialmente tendo em vista essa prática estabelecida a partir da Emenda 32 e que, de alguma forma, vem sendo sistematicamente contornada na atividade legislativa ordinária.

Nós sabemos que, a despeito de todo o esforço que se fez em torno da disciplina da medida provisória, até aqui, não se logrou realmente disciplinar esse instituto para que não se reflitam ou não se pratiquem os abusos conhecidos. Ainda há pouco, os jornais apontavam que, diante da dificuldade do funcionamento do Congresso Nacional para as atividades normais, o ponto de negociação, agora no âmbito do Congresso Nacional, é a inserção de pretensões ou projetos autônomos, como as caudas, as famosas caudas orçamentárias, que agora se tornaram as caudas das medidas provisórias.

Em suma, concorda-se com a aprovação da medida provisória, tal como proposta pelo governo ou pelo relator, mas inserem-se medidas que estavam eventualmente sendo discutidas no Congresso Nacional. E a medida provisória torna-se esse tipo de locomotiva, que carrega vagões os mais diversos, que não passaram também pela comissão, são negociações no Plenário. Essa é uma das realidades do atual momento. O outro, e isso já tinha sido apontado, é o ponto tocado pelo eminente relator, no que concerne ao disposto no § 9º do art. 62. É bem claro – o ministro Celso inclusive observava isso – que o texto pretendeu realmente que haveria uma comissão mista de deputados e senadores, foi a tentativa de superar o modelo anterior à Emenda 32, para examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer antes de serem apreciadas. Esse é um ponto importantíssimo. Inserção, portanto, separada daquela em que vai realizar a aprovação, a votação da própria medida provisória.

Como destacou o eminente relator, eu já havia tido a oportunidade de, em outro momento, dizer da delicadeza dessa questão. E, em um momento determinado, disse que essa falha procedimental, considerado o atual estágio da implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, em que resta demonstrar a tentativa, por duas vezes, de instalação da comissão mista, no meu entendimento ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido § 9º. Mas já deixava, portanto, antever que essa questão deveria ter relevância no debate constitucional.

Lembro-me também de que, quando participei de uma banca de uma obra sobre o assunto, do professor José Levi Mello do Amaral Júnior – *Medida provisória e sua conversão em lei* –, também chamávamos a atenção para esse problema. De modo que, parece-me, é chegada a hora de fazermos uma reflexão sobre esse tema. O Tribunal tem essa missão, como já foi aqui destacado, e a cumpriu muito bem quando se discutiu o velho modelo da medida provisória, apontando os problemas. Por exemplo, a não possibilidade de se editar medida provisória sobre lei complementar, de não se editar medida provisória sobre direito penal, em suma, estabelecendo determinados limites, que, depois, acabaram sendo incorporados como limites materiais.

O sr. ministro Celso de Mello: A proibição de reedição de medidas provisórias quando expressamente rejeitadas pelo Congresso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quando expressamente rejeitadas. Em suma, toda essa construção, que depois veio a ser incorporada no próprio texto da Emenda 32. Em parte, essa limitação material decorre da construção feita aqui no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Mas realmente essa questão é muito sensível, tal como já aqui apontado pelo relator.

Nós ainda estamos a dever – e acho que devíamos realmente julgar – aquele caso da relatoria do ministro Celso de Mello, aquela belíssima construção elaborada pelo presidente Michel Temer, que, de certa forma, resolveu esse impasse sobre a questão do trancamento de pauta no Congresso Nacional. Nós sabemos que o modelo trazido pela Emenda 32 importou também na construção – foi um problema trazido – do trancamento de pauta.

Eu me lembro de que, quando se desenvolveu esse modelo, que foi objeto de uma discussão elaborada entre a Câmara e o Senado, eu chamava atenção, presidente, para a delicadeza da questão, dizendo: "o trancamento da pauta seria, talvez, um remédio adequado se nós estivéssemos diante de um número diminuto de medidas provisórias, porque ele seria indutor do processo de decisão." Mas, quando estamos a lidar com a sistemática edição de medidas provisórias – e aqui não vem ao caso fazer jogo de culpas ou responsabilidades, se o Executivo edita porque o Legislativo não funciona, ou o Legislativo não funciona porque o Executivo edita medidas provisórias –, o fato é que, nesse jogo de funcionalidades e desfuncionalidades, temos então esse sério problema, que foi mitigado a partir dessa interpretação do presidente Michel Temer. O ministro Celso chamava atenção, na sua decisão, para um tipo de expropriação da pauta ou da agenda do Congresso Nacional.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Questões orçamentárias.

O sr. ministro Celso de Mello: Exatamente, mas não por medida provisória.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E Vossa Excelência veja que nós tínhamos chegado até o absurdo – e nós chegamos até a referendar – que uma medida provisória que revogava a outra medida provisória para destrancar a pauta do

Congresso, que estava impedido de deliberar sobre uma emenda constitucional importante, salvo engano.

O sr. ministro Celso de Mello: Sim, porque a utilização desse *instrumento normativo excepcional* mostrava claramente a interferência, *indevida*, *no poder de agenda* do Congresso Nacional.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é uma questão importante, parece-me, inclusive digna de ser decidida definitivamente, porque diz com a autonomia do próprio Congresso Nacional.

Um outro ponto para o qual quero chamar a atenção é em relação ao objeto também do voto do eminente relator que diz respeito à questão da urgência.

Aqui, diferentemente até do que já foi placitado por muitos dos colegas, a partir de votos memoráveis, por exemplo, do ministro Celso de Mello, eu não sou um defensor estrito dessa possibilidade de escrutínio quanto ao juízo da urgência, por quê? Porque há um elemento de política, no sentido exato do termo, que, às vezes, é determinante da urgência. Isso foi dito da tribuna pelo eminente advogado-geral da União.

Se nós imaginarmos um quadro atemporal, certamente o Congresso pode também deliberar por tempo indefinido e simplesmente discutir sem chegar a um processo decisório. O próprio Supremo depois fez algumas construções nesse sentido – acho que, a partir também de elaboração, Vossa Excelência e também o ministro Sepúlveda Pertence, não é? –, sugerindo que, proposto um projeto de lei, até com pedido de urgência, se não houver essa deliberação, então, sim, poderia se lançar mão dessa ideia da medida provisória. Quer dizer, uma tentativa de objetivar um pouco esse critério, que parece muito amplo, que parece discricionário. Mas, em princípio, em tais casos, em que o governo faz uma avaliação, tendo em vista a repercussão da medida, a urgência do ponto de vista político, eu tenho imensa dificuldade de trazer para o Tribunal esse inventário, ou esse escrutínio do critério de urgência utilizada. A não ser que seja evidente, como nós tivemos casos, seja manifesta a utilização ou o abuso. Se amanhã se resolve mudar a denominação, por exemplo, de uma escola por medida provisória.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: A própria Emenda 32 tentou responder um pouco a isso quando restabeleceu aquele chamado espaço de autonomia da administração, o decreto com perfil autônomo para resolver questões internas à administração.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: E tentando responder com isso, ou caracterizar a desnecessidade de modelos legais para isso. Então, eu gostaria de, com todas as vênias, já pontuar um pouco a minha dúvida em relação ao bem lançado voto do eminente relator quanto a esse fundamento da urgência, porque vão se colocar sempre situações que demandam uma deliberação a partir de uma avaliação do próprio Executivo. Como pontuou da tribuna o eminente advogado-geral

da União, a própria necessidade, às vezes, de responder, até com legislação simbólica, a situações de abusos, de avanço, sinalizar uma mudança de política, diante do anúncio de uma catástrofe, um desmatamento na Amazônia. Não é esse o primeiro caso, já tivemos outras medidas provisórias também em contextos muito específicos. Então me parece que essa ressalva deve ser feita, presidente. E eu peço vênia, então, ao eminente relator para não subscrever esse fundamento do seu voto.

Mas realmente me impressiona que, passados já mais de dez anos da edição da Emenda 32, nós continuemos mais ou menos no mesmo lugar, quer dizer, que a práxis política, que a evolução não se tenha dado, ou seja, um mínimo, um *quantum* civilizatório adiante, no sentido da maior participação do Legislativo na construção desse modelo, que é o que quer o § 9º do art. 62, que dilargou o prazo, evitou o fenômeno da reedição, mas quer um mínimo de participação, de legitimação democrática nesse contexto. Parece-me, então, como eu já sinalizava, que é chegada a hora de nós firmarmos uma leitura que dê efetividade ao § 9º do art. 62, sob pena de constituirmos um modelo de direito costumeiro, só que um direito costumeiro constitucional que revoga uma norma constitucional ou que a debilita, que é a norma constante do § 2º.

De modo que, com essa ressalva, eu vou me manifestar em apoio, presidente, ao voto aqui trazido pelo ministro Fux, e talvez, dependendo da evolução do Plenário, subscreva inclusive a sua conclusão quanto à modulação de efeitos, a chamada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. Vou ficar por aqui. Creio que Sua Excelência avança para falar sobre a resolução.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, só abordei *incidenter tantum*, só uma prejudicial para compor o raciocínio.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não tem relevância para o caso. Então me limito a fazer essas ressalvas e, com essas ressalvas, aplaudo a conclusão do voto de Sua Excelência.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, pela relevância do assunto, eu também quero acionar o art. 135 do Regimento Interno e, antes da coleta dos votos por Vossa Excelência, eu quero participar de um debate, embora eu mesmo tenda a antecipar o voto ao final dessa minha intervenção.

Eu fico um pouco à vontade para falar sobre esse tema, porque em livro que escrevi, em 1997, *O perfil constitucional da licitação*, Editora Zênite, eu pude teorizar sobre o regime jurídico das medidas provisórias. E, ali, eu já dizia que a interpretação das medidas provisórias deve-se fazer restritivamente, porque elas investem o presidente da República – vamos ficar no plano federal para facilitar o debate – num poder excepcional, numa competência excepcional de ser a fonte produtora de uma norma primária, inovadora, portanto, do ordenamento jurídico, logo abaixo da Constituição – a Constituição não inova ordenamento, funda

ordenamento, a lição é de Kelsen –, definitiva, mas o presidente inova, primariamente, a ordem jurídica, porque edita um ato que não é lei, mas tem a força de lei, diz a Constituição "com a força de lei", e se coloca como instância de execução daquilo que foi primariamente deliberado por ele, presidente da República. Então, ele se torna, ao mesmo tempo, órgão de deliberação e de execução, tudo no plano da primariedade, logo abaixo da Constituição se dá a inovação legislativa e, em seguida, o presidente parte para a execução do que ele mesmo deliberou de modo inovador, sem precisar de lei. E claro que isso confrange um pouco o princípio da separação dos poderes, porque aquela função dominante da lei, sobretudo perante o Poder Executivo, que leva o nome de Poder Executivo, porque é, sobretudo, executor das leis, a função dominante das leis, para lembrar Paul Benoit, fica como que sobrestada. Claro que a última palavra é sempre do Congresso Nacional, em termos de medida provisória, de edição de medida provisória, mas enquanto o Congresso Nacional não se pronuncia, o presidente da República dá as cartas normativamente, agindo como se legislador fosse. Volto a dizer: ele não é um legislador, mas a sua medida provisória tem força de lei.

O sr. ministro Celso de Mello: A medida provisória **qualifica-se** como um *equivalente constitucional* da lei.

O sr. ministro Ayres Britto: É equivalente constitucional. Eu cheguei até a comparar, nesse livro, a medida provisória a uma decisão cautelar nossa diante do *periculum in mora* e da plausibilidade jurídica do pedido submetido à nossa apreciação.

E, segundo deduzo do voto do ministro Luiz Fux, Sua Excelência fundamenta a sua conclusão em duas ordens de consideração. O primeiro fundamento está, segundo Sua Excelência, num vício de motivação da medida provisória em causa. Ou seja, Sua Excelência acha que os pressupostos...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Primeiramente, o mais expressivo, foi o que destaquei, é o de forma, art. 62, § 9º, esse é o primeiro.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito, mas Vossa Excelência incursionou no campo da falta de relevância e urgência, que são os pressupostos de edição da medida provisória em causa. Então, um vício motivacional, portanto.

E o segundo vício na tramitação da medida provisória já no âmbito do Congresso Nacional: a falta desse parecer prévio que deveria ser elaborado por uma comissão mista, segundo o § 9º do art. 62 da Constituição.

Muito bem, o ministro Gilmar Mendes me parece absolutamente correto quando diz que esses pressupostos de relevância e urgência decolam, arrancam de uma situação, de um fato, de um acontecimento do mundo do ser; algo acontece no mundo do ser que leva o presidente da República a avaliá-lo como instante, urgente, relevante a ponto de não poder aguardar sequer a edição de um projeto de lei sob a tarja da urgência. Então, o fato do mundo do ser, que legitima a edição da medida provisória, consubstancia uma urgência e relevância tal que o autor da medida provisória, avaliando esse fato, sequer pode aguardar a tramitação de um projeto de lei, mesmo que qualificado como urgente, que já tem também uma

tramitação qualificada diferenciada no Congresso Nacional. Em linha de princípio, eu também diria que não estariam presentes esses pressupostos, até porque, em matéria de meio ambiente, há uma autarquia chamada Ibama, constituída antes da medida provisória. Mas aí, também em uma linha que me parece rimar com o ponto de vista do ministro Gilmar Mendes, essa avaliação, embora não seja absolutamente discricionária, ela é subjetiva. Claro que precisa ser demonstrada objetivamente, mas quem faz a avaliação do quadro objetivo é o presidente da República. E, em matéria de meio ambiente, eu tendo a achar que tudo é urgente e tudo é relevante, pela qualificação que do meio ambiente faz a Constituição Federal, às expressas, no art. 225, dizendo que o meio é um direito – ecologicamente equilibrado, claro – de todos, é "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida".

Ou seja, o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. E o fato de já haver o Ibama não impede que o presidente da República, valendo-se de competência igualmente constitucional, crie uma outra autarquia, uma fundação, uma entidade especializada também na gerência, na concepção, no gerenciamento, na administração do meio ambiente. Ou seja, isso é política pública situada no âmbito do Poder Executivo. A previsão constitucional expressa, nós sabemos que toda a administração pública, constitucionalmente, é estruturada por forma escalonada, afunilando, portanto, para a autoridade máxima do presidente da República. Compete a ele, pelo art. 84 da Constituição: no rol "Das Atribuições do Presidente da República".

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

E se as autarquias e fundações, estruturadas e funcionalizadas sob a tutela de um ministério, são entidades externas a cada ministério, são, entretanto, internas a toda a administração pública. Isso é como o CNJ; o CNJ é externo a cada tribunal, mas é interno ao Poder Judiciário como um todo. A mesma coisa acontece com as autarquias e fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista, elas são entidades externas aos respectivos ministérios, ministérios que exercem sobre todas elas uma tutela, não um controle, uma supervisão, mas são todas internas à administração pública como um todo.

Em matéria de iniciativa de leis, a Constituição, no art. 61, submeteu à privatividade do presidente da República a "criação e extinção de Ministérios e

órgãos da administração pública." Aqui, a Constituição foi atécnica, onde se lê "órgãos" leia-se "entidades".

Ora, criar ou não o Ibama, criar ou não o Instituto Chico Mendes, isso faz parte das competências explícitas do presidente da República ao menos iniciando o processo legislativo. De maneira que, quanto aos pressupostos de urgência e relevância, eu também, ministro Gilmar Mendes, tendo a dissentir do eminente relator, com todas as vênias, e entendo que, em linha de princípio, o presidente da República agiu no âmbito de competências – constitucionalmente a ele deferidas, com privatividade –, e a matéria, portanto, se situa na esfera, no círculo, da separação dos Poderes.

O sr. ministro Celso de Mello: Vossa Excelência admite, *como eu próprio admito*, a possibilidade de controle jurisdicional *dos pressupostos constitucionais* de urgência **e** de relevância?

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, com toda certeza.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu também admito. Eu só temo que, talvez, o nosso escrutínio seja tendencialmente muito mais rigoroso do que aquele que determina a avaliação política. Quer dizer: "mas não pode esperar seis meses?" Não. Muitas vezes não pode esperar seis meses, poderia num mundo fático, simplesmente. Mas o que se quer é dar uma resposta, por exemplo, para uma forte queimada na Amazônia, não é?

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E se quer sinalizar ao Brasil e ao mundo que se instalou uma nova política. Então, essa apreensão temporal não é medida por prazos processuais.

O sr. ministro Ayres Britto: A medida provisória se destina a acudir uma situação de emergência, de relevância, de urgência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O que não pode é a Corte abdicar do poder de fazer a revisão judicial desses pressupostos constitucionais.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Claro, claro. O que eu estou dizendo, então, aqui, se quisermos ver: o exame tem que ser feito numa menor intensidade. Por quê? Porque há elementos, realmente, que aparecem, inclusive, na fundamentação, não é nada que é sonegado. Vamos imaginar que o governo tivesse, por exemplo, encaminhado ao Congresso Nacional um projeto ambicioso de construção de moradias e, por razões políticas – isso não ocorre hoje, até porque o governo dispõe de bancada suficiente, mas veja, por exemplo, que nos Estados Unidos nós vimos esse debate, ainda recentemente, sobre o projeto de saúde do presidente Obama, as grandes dificuldades em torno de sua aprovação –, houvesse dificuldades na sua aprovação. E que isso fosse dilargado, com os vários debates, audiências públicas, isso passasse de um ano para o outro, pergunta-se: não seria legítimo, diante da possibilidade, inclusive, de se impedir que o governo implementasse uma política, de lançar mão da medida provisória, porque levaria a uma deliberação dentro de um prazo determinado? São situações assim que se

colocam, o elemento temporal pode levar à impossibilidade de implementação de dadas políticas públicas, às vezes urgentes, inegavelmente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Acho que nós não podemos nem dizer que essa matéria é insindicável pelo Judiciário e nem dizer que o Poder Executivo não pode ter a sua apreciação própria da urgência e relevância.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Claro, por isso que eu jamais subscrevi a tese da insindicabilidade, até porque notórios os abusos. Agora, só que o exame há de ser feito com *grano salis*, porque há fatores aqui que não estão envoltos no critério de constitucionalidade. Quando se tratava, por exemplo – isso já foi objeto até de consideração –, de medidas liminares – no governo Fernando Henrique houve várias propostas de medidas liminares, o regime de contracautela em medida provisória. E se dizia: "Por que não esperar a lei processual?" Vossa Excelência é relator desse projeto do Código de Processo Civil, pode levar anos e anos para discutir.

Agora, o que havia aqui nesse quadro? Um quadro de hemorragia, muitas vezes. Havia informações que sinalizavam a existência de um quadro de estelionato pela via judicial. Então, quando você cria um mecanismo de contracautela, você está... Agora, nem tudo isso é tão público assim, embora seja até "publicizável", mas são informações existentes, quer dizer, mecanismos que dão dinâmica ao processo. Em termos formais, num ambiente de laboratório, a gente poderia dizer: "Ah, por que não se espera dois anos para aprovar, ou quatro, cinco anos?" Mas não. Não se pode esperar porque não se pode esperar, porque se está fazendo o conserto do avião em pleno voo.

O sr. ministro Ayres Britto: É isso mesmo. É como a vida: a vida muda, em movimento, os seus próprios pneus. A vida é um carro que, em movimento, troca os seus próprios pneus.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, e é essa dimensão política que precisa ser apreendida, porque, do contrário, se adotarmos critérios muito rígidos, muito provavelmente diremos: "Puxa, o governo tem bancadas enormes, numa Casa e na outra, e poderia aprovar todas essas medidas." Mas não me parece ser esse o quadro aqui.

O sr. ministro Ayres Britto: Então, em suma, eu peço vênia para discordar do voto do eminente ministro relator no que toca à presença dos pressupostos de edição da medida provisória. Como se trata de meio ambiente, eu acrescentaria: meio ambiente hoje é tão importante que, ao lado da moralidade na vida pública e ao lado da democracia, ele se tornou, o meio ambiente, uma questão planetária. Se há três questões hoje planetariamente relevantes, prestigiadas, uniformemente prestigiadas são: ética na política, democracia e meio ambiente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas, ministro Ayres, eu levo sempre muito em consideração as posições de Vossa Excelência. Só para entender: então, na verdade, o que Vossa Excelência está preconizando é que, quando se trata de medida provisória relativa ao meio ambiente, qualquer que seja ela, pressupõe-se a urgência e a relevância?

O sr. ministro Ayres Britto: Não, eu não estou chegando a essa radicalidade, mas eu tendo a ver, em medidas concretas de proteção e preservação do meio ambiente, a presença concomitante dos requisitos da relevância e da urgência. E, no caso concreto, eu estou enxergando a presença desses dois requisitos. Portanto, o vício motivacional eu não estou enxergando.

Quanto ao vício na tramitação, eu tenderia a acompanhar o relator, a partir daquela premissa metodológica de que medida provisória tem que ser interpretada restritivamente; eu comecei a minha fala dizendo isso. Mas aqui eu observo o seguinte e partilho com Vossas Excelências essa observação:

> § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Ou seja, esse requisito de tramitação, senhor presidente, é de interesse, é da competência exclusiva do Congresso Nacional. É uma comissão mista do Congresso Nacional que emitirá parecer prévio, antes da discussão em separado da medida provisória em cada Casa do Congresso. Mas a Constituição não torna esse parecer vinculante; fala de parecer, mas não de vinculabilidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não vinculante, mas aqui nós já temos pronunciamento, e essa foi até uma evolução interessante do Supremo Tribunal Federal, em relação ao processo ou ao procedimento legislativo constitucional. Nós tínhamos até uma súmula, salvo engano, a Súmula 5, que dizia por exemplo que, no caso dos vícios de iniciativa, que a sanção teria o efeito convalidatório, porque havia...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Porque havia essa possibilidade no vício de iniciativa.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É. Depois, mudamos o entendimento para entender que o procedimento legislativo é vinculante.

O sr. ministro Ayres Britto: É, o procedimento como um todo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Pois é. E essa é a importância política dessa decisão, porque o que hoje está a ocorrer? O ministro Fux mostrou bem: está havendo o descumprimento do § 9º de maneira cabal, porque sequer se tenta fazer a sessão separada. Vossa Excelência, inclusive – estou me louvando nas lições de Vossa Excelência – nesses dias, chamava a atenção para a relevância de aspectos deliberativos, no sentido da discussão, do debate, que é o que o texto constitucional quer aqui.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E isso não se dá. Então, é para esse ponto que me parece importante se dar destaque. Para esse aspecto relevante.

Veja, o que acontece na prática? Ou se faz uma simulação para dizer que se tentou instalar, quer dizer, como que se explica a não instalação? Ou seja,

como o governo, que tem uma bancada enorme de apoio, como que se explica a não instalação?

Na verdade – eu chamei a atenção – isso se tornou um tipo de direito costumeiro, só que direito costumeiro inconstitucional. Viola, claramente, o § 9º. E o relator estava mostrando que isso se tornou algo comum.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu não vou discordar do ponto de vista. Eu estou apenas ponderando o seguinte: vou recolocar o meu ponto de vista.

O regime jurídico das medidas provisórias é constitucional. A Constituição chamou para ela mesma, chamou para si, todo o regime normativo das emendas constitucionais, no plano, nesses dois planos centrais: motivacional, que é o plano dos pressupostos, e da tramitação.

O sr. ministro Celso de Mello: É um regime constitucional de direito estrito, até mesmo em face do postulado da divisão funcional do poder.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu diria, ministro, tal a importância da edição das medidas provisórias, porque ela altera toda a concepção que nós temos de separação dos Poderes. Claro que sabemos que a origem é de um estado democrático, a origem das medidas provisórias é a Itália, mas, lá, o regime é parlamentar. São outras considerações. Mas, na verdade, as medidas provisórias investem o presidente da República nessa dupla competência de produzir um ato normativo primário e de – ele mesmo, presidente da República – executar, também com imediatidade, o conteúdo desse ato normativo. O fato é que, diante da gravidade desse abalo na estrutura da separação dos Poderes, a Constituição resolveu disciplinar – em matéria de medida provisória praticamente tudo é disciplinado – até o conteúdo, o que pode e o que não pode, ou, pelo menos, o que não pode ser conteúdo de medida provisória está aqui.

Então, a Constituição, diante da experiência que nós tivemos, edição em excesso de medida provisória... Eu me lembro uma vez, senhor presidente, que cheguei a dizer que se editava no Brasil, com uma fertilidade tal, medida provisória, que lembrava a fecundidade do hamster. O hamster é um marsupial, cuja fêmea – se não me falha a memória – ovula a cada trinta dias. E, aqui no Brasil, a edição de medidas provisórias, houve uma época, em que se fazia diariamente. Então, diante desse quadro, o que fez o legislador de reforma? Editou a Emenda 32.

Agora, o que me causa uma certa dúvida, e eu espero remover, é o seguinte: aqui, no § 9º, se trata de conferir uma competência exclusiva ao Congresso Nacional para que o Congresso Nacional, antes da deliberação em cada uma das suas Casas Legislativas, aprecie a medida provisória por um parecer de uma comissão mista. É verdade que o parecer não é vinculante, é isto que eu estava dizendo. Não se fala em vinculabilidade do parecer.

Então, a pergunta que me cabe é a seguinte: o Congresso Nacional pode, por resolução – foi o caso da Resolução 6 –, flexibilizar o rigor da Constituição na tramitação de uma matéria que é, por definição, excepcional?

Aí, eu adiantaria a resposta: não! E, aí, eu tenderia mesmo a acompanhar o eminente relator pelo segundo fundamento: vício na tramitação.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu – apenas para acompanhar o debate de Vossa Excelência – suprimi, evidentemente, algumas passagens, mas, por exemplo, nessa tese do professor Clémerson, há uma afirmação muito interessante, porque acrescenta ao debate, se houver fixação eventualmente de um precedente sobre essa questão. Então, ele assenta que "O parecer prévio da comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo, porque proporciona discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias. Por essa importância, defende-se que qualquer ato, para afastar ou frustrar os trabalhos da comissão ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar, padece de inconstitucionalidade".

Nessa esteira, são questionáveis os dispositivos dessa resolução... – já na época da defesa de tese, parece que há mais de uma década a defesa do Clémerson, não é? – ...a possibilidade de atuação apenas do relator gerou acomodação do parlamento, ineficácia da comissão...

O sr. ministro Ayres Britto: Essa Resolução 6 teria caráter procedimental não processual? A processualidade estaria aqui nos dispositivos do art. 62? Então, acho que, como medida provisória é por definição uma investidura excepcional do presidente da República na função normativa primária, a interpretação do § 9º, como fez também o ministro Gilmar Mendes e o relator, deve ser restritiva. Então, eu não admitiria a flexibilização nem pelo órgão detentor da competência, que é o Congresso Nacional.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Que se assemelha muito à nossa antiga Súmula 5.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência está assentando a inconstitucionalidade da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional?

O sr. ministro Ayres Britto: Pois é. Redundaria nisso, embora cite um ato da ordem legislativa prevista no art. 59, a resolução é um ato da ordem legislativa.

O sr. ministro Celso de Mello: O Congresso Nacional, *como poder meramente constituído*, **não tem** competência para suprimir ou alterar uma regra *de caráter constitucional*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Basta que fixemos a interpretação do § 9º.

O sr. ministro Ayres Britto: É. Relativizar uma regra que nasceu rigorosa, intencionalmente pela Constituição.

O sr. ministro Celso de Mello: A Constituição **quis** que houvesse um pronunciamento colegiado **do Plenário** da Casa Legislativa, **não** *uma manifestação unipessoal* de um relator designado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: No Plenário.

O sr. ministro Celso de Mello: Mais do que isso: é preciso acentuar que as correntes partidárias **devem** ter, necessariamente, representação, *que é proporcional*, na composição das comissões do Congresso.

O sr. ministro Ayres Britto: É o que diz a própria Constituição.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, estou muito sensibilizado por este argumento do eminente ministro Ayres Britto, mas, por outro lado, verifico o seguinte: temos, nesta comissão, nesta Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, entre outras disposições, a fixação de um prazo para a manifestação desta comissão, que é de quatorze dias. Ou seja, isso me parece perfeitamente constitucional porque o estabelecimento de prazos para o pronunciamento das comissões é algo consentâneo com a sistemática constitucional. A preocupação de Vossa Excelência é que uma determinada maioria não facilite a tramitação das medidas provisórias. A minha preocupação, de outra parte, é que uma minoria não frustre aquele poder, aquela competência que a Constituição atribui ao presidente da República de editar medidas provisórias.

Temos aqui a possibilidade da famosa guerrilha parlamentar. Se um ou outro membro dessa comissão mista não quiser se pronunciar ou inviabilizar o pronunciamento desta comissão mista, teremos frustrada esta competência do presidente da República. Parece-me que esta resolução quis impedir exatamente esta possibilidade, porque senão teremos um impasse institucional. O que se verificou aqui, com muita clareza, com todo o respeito – estou, aliás, sensibilizado por essa argumentação, tanto do relator quanto do ministro Ayres Britto –, é exatamente isto: tendo em conta a urgência e a relevância já reconhecidas, parece-me, pelo menos por uma grande parte dos integrantes deste Plenário, nós temos aqui exatamente um impasse pelo não pronunciamento desta comissão mista. E como é que fica? Fica sem deliberação?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não foi sequer instalada.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Celso de Mello, vamos a uma análise prática: se o Congresso não quiser ratificar a medida provisória, não ratifica. Se não cria comissão, não ratifica.

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência, se me permite, mais do que isso, a filosofia da Constituição, em matéria de medida provisória, não é de boa vontade; é como se as medidas provisórias fossem toleráveis, mas não desejáveis. Tanto que o comando central da Constituição é: as medidas provisórias perderão a eficácia desde a edição – essa é a regra – se não forem aprovadas em sessenta dias.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E disciplinou a transição.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Agora, sem ainda adiantar uma posição sobre essa questão, eu anoto a imperatividade com que está redigido esse § 9º da Constituição, art. 62:

> Art. 62. (...)
> (...)
> § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer (...)

Então é obrigatório. Ela está obrigada, compelida, a emitir parecer, até porque existe o prazo de sessenta dias, também fixado na Constituição, o prazo de validade das medidas provisórias. Ou seja, poder-se-ia admitir um silêncio indefinido ou uma não deliberação indefinida por parte da comissão? Essa é a questão.

Nós temos aqui aquela Resolução 1, que, de forma, a meu ver, consentânea com esse prazo de sessenta dias e com os demais ritos e prazos de apreciação das medidas provisórias que estão fixadas na Constituição, estabeleceu o prazo de quatorze dias. É um prazo peremptório. Se a comissão não se manifestar, o que acontece? Esgotado o prazo, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a medida provisória.

Ou seja, o sistema não admite impasses, não admite aporias. É preciso que o sistema funcione. Eu também sou crítico desse nosso sistema de medidas provisórias, sobretudo porque, atualmente, o Poder Executivo tem o poder de comandar a pauta.

Mas, de outro lado, também, não se pode ter uma visão ortodoxa do sistema de separação de poderes, que foi concebida no século XIX, por Montesquieu e, depois, incorporada na Constituição de 1787, pelos pais da pátria norte-americana e se formou o sistema de *checks and balances*, freios e contrapesos. Na verdade, nós vivemos num mundo globalizado, em que o Executivo precisa reagir rapidamente. Nós vivemos num chamado presidencialismo de coalizão em que o Executivo age com base em uma maioria formada no Parlamento, e, portanto, parece que nós estamos enfrentando uma realidade sociológica e política inelutável. E, se nós dermos uma interpretação, *data venia*, restritiva, nós vamos inviabilizar o mecanismo das medidas provisórias, que é um mecanismo necessário no mundo atual.

O sr. ministro Celso de Mello: A própria Constituição formula uma solução...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A opção da Constituição não é que o silêncio tem o efeito positivo. É que o silêncio tem efeito negativo, tanto que ela diz que as medidas provisórias que não forem convertidas em lei, no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos da lei, uma vez por igual período, o Congresso vai disciplinar por decreto legislativo.

O sr. ministro Celso de Mello: Portanto, se não houver superação de obstáculos políticos, a solução já é dada pela própria Constituição.

O sr. ministro Ayres Britto: Esse é que o comando central. Perderão eficácia. É a perda da eficácia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E o que o texto constitucional quer é que haja, primeiro, uma certa moderação na edição de medidas provisórias.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Dentro da linha restritiva. Aqui, veja, há um elemento importante, que parece despiciendo, mera formalidade, mas o que se quer é um mínimo de democracia participativa ou deliberativa por parte do Parlamento, quer dizer, que essa comissão representativa discuta, documente. E talvez, com isso, se esteja procedendo, aviando um remédio contra esses abusos hoje notórios, que é a negociação a partir de um relator, a possibilidade de pendurar essas caudas todas, que é a forma hoje de aprovar outras propostas que tramitam no Congresso. Então me parece que, ao afirmar-se a vinculatividade do § 9º, a interpretação do eminente ministro Fux realmente dá força normativa ao texto constitucional no sentido da sistemática da divisão de poderes.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência permite? Quando eu falei em vinculação, foi no seguinte sentido: cada Casa do Congresso Nacional não está obrigada a acatar o parecer da comissão, mas o parecer da comissão deve ser emitido.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E se não houver parecer? Essa é a questão.

O sr. ministro Ayres Britto: Aí a resposta decai, a medida provisória perde a eficácia, porque não venceu os seus requisitos de tramitação.

O sr. ministro Celso de Mello: Sim, porque o tempo **continua** a fluir...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Há um pressuposto de engenharia política: obrigar o governo a colocar a sua base para votar.

O sr. ministro Celso de Mello: Exatamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim, mas nós sabemos que a obstrução da minoria, não dando quórum, por exemplo, pode impedir, em termos indefinidos, a postergação dessa decisão para que se ultrapasse os sessenta dias, isso é evidente. Isso é da guerrilha parlamentar.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas, na prática, isso hoje não...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Lewandowski, nós estamos aqui pedagogicamente fazendo valer a Constituição para daqui a 24 meses; pedagogicamente, para evitar um problema.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu entendo assim: ou os requisitos de tramitação estabelecidos pela Constituição são atendidos em sessenta dias, prorrogáveis – a Constituição admite a prorrogação –, ou a medida provisória perde a eficácia desde a edição.

O sr. ministro Celso de Mello: E mais, **embora** o pronunciamento seja opinativo, **a observância** da forma ritual é vinculante.

O sr. ministro Ayres Britto: É vinculante.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O processo legislativo não pode ser regulado por uma resolução.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vai ser um elemento inclusive de controle depois. Veja, Vossa Excelência estava muito preocupado com a questão da urgência, e vai ser depois um elemento, um subsídio para controle desse debate, inclusive a controlabilidade jurídica no âmbito, eventualmente, desta Casa.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, só perguntando à ministra Rosa: Vossa Excelência está acompanhando, também, na modulação, por 24 meses? E não só daqui para frente?

A sra. ministra Rosa Weber: 24 meses.

A sra. ministra Cármen Lúcia: 24 meses. Então, modulando, também.

Presidente, eu faço também. Meu voto também é no sentido da procedência, mas com modulação de efeitos. E faço brevíssimas observações, até porque já houve muitos debates. Primeiro, com relação à urgência, eu acho que está pacificado. Tenho aqui na pesquisa que fiz um enorme número de decisões exatamente no sentido da possibilidade de atuarmos.

Eu acho que a preocupação também que fica clara é que a análise não é uma análise de urgência, segundo o que cada um dos Poderes, segundo os critérios que têm, pode utilizar. Eu acho que não pode haver a substituição do que é urgente, tal como designado pelo presidente da República, pelo Supremo Tribunal ou, até mesmo, pelo Congresso. Quer dizer, eu acho que a análise da urgência pode ser feita, como a análise da relevância, porque são critérios constitucionais estabelecidos, e não são, neste caso, conceitos indetermináveis. São até conceitos indeterminados, no texto constitucional, mas são conceitos determináveis em cada caso concreto.

Também partilho da ilação do ministro Ayres Britto no sentido de que, no que se refere a meio ambiente, em tais condições – e, aliás, neste caso, especificamente, tem-se a busca da maior eficiência e eficácia na execução de ações de política nacional de unidades de conservação, de natureza, proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento de unidades de conservação instituídas pela União –, fica claro que não foi algo que veio sem que houvesse uma motivação. E essa motivação me parece perfeitamente enquadrada no que estabelece a Constituição.

Também no que se refere ao § 9º do art. 62, presidente, estou acompanhando, porque esse é um dado de um procedimento constitucionalmente

fixado com a finalidade que está – parece-me – muito clara e muito bem-posta. Realmente, o que o ministro Gilmar Mendes afirma é fato: as medidas provisórias se tornaram hoje quase que substitutivas. Por um levantamento que fiz – no voto-vista que liberei, naquele mandado de segurança relatado pelo ministro Celso de Mello, na verdade, há um número enorme de matérias que seriam objeto de projeto de lei e não são, porque se aproveitam das medidas provisórias para incluir como matérias estranhas exatamente a medida provisória. Mas, aí, os congressistas atuam para que, passando a medida provisória, a lei de conversão, passe a matéria que é de interesse deles. Então, na verdade, aí temos uma confusão de interesses que nada têm a ver nem com o objetivo da medida provisória nem com o objetivo da função legislativa.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: É. Está acontecendo um pouco o que, nas assembleias legislativas, mesmo em Minas, a gente chama de Frankstein, é a lei que tem de tudo ali dentro. Trata-se de todos os assuntos. E daí a preocupação pertinente do ministro Gilmar.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É. Isso é um ponto interessante. Temos precedentes aqui – salvo engano, pelo menos um da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence – no sentido de que, nesses projetos de iniciativa, teria que haver emenda associada à ideia de pertinência temática.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas, nesse caso, ministro, Vossa Excelência me permite, há um outro dado – acho que não foi cuidado pelo eminente relator – que foi objeto de uma preocupação minha: esta lei de conversão trata especificamente da criação de uma autarquia. Ocorre que a Constituição, no art. 37, IX, estabelece que só por lei específica pode ser criada autarquia. E eu não encontrei, na jurisprudência do Supremo, o cuidado entre o que é lei específica – porque o que for de lei complementar não pode vir por medida provisória. O que for de lei específica seria uma lei que teria como objetivo uma matéria única, mas também, às vezes, como processo único. Mas, de toda sorte, aqui, como a Constituição diz "lei específica", quer dizer, a lei monotemática, aquela que só pode cuidar desse assunto, pareceu-me que realmente não haveria. O que ficaria para a gente discutir – se fosse o caso, se fosse necessário, que não é, pela inconstitucionalidade formal – se poderia ter vindo por medida provisória esta matéria, já que a Constituição fala "lei específica", entendendo-se aqui lei formal, lei no sentido formal. Mas isso não foi cuidado pelo relator, e, como a inconstitucionalidade formal por descumprimento do § 9º do art. 62 é suficiente para a declaração de inconstitucionalidade, estou acompanhando.

E, apenas à guisa de lembrança aos senhores ministros, faço ver, senhor presidente, que está em tramitação, já votada – parece-me que por unanimidade de votos – no Senado, uma nova proposta de emenda constitucional exatamente para reafirmar o que veio na Emenda 32 e acabou não sendo cumprido. Um dos pontos é exatamente o § 9º, porque, nos **consideranda**, se tem que – diante do que o ministro Lewandowski pôs –, não havendo parecer, parece que ficou, se

não comum, pelo menos, muito frequente esse tipo de atuação, e o que quer o Congresso é exatamente reforçar que o procedimento estabelecido tem de ser rigorosamente cumprido, ou seja, cumprido com rigor. Por isso, já está na Câmara para ser votada uma nova emenda exatamente reforçando os pontos que não se conseguiram só com a Emenda 32. Só para ver que há uma preocupação do próprio Congresso em retomar a sua autonomia plena no que era um dos objetivos da Constituição de 1988.

Enfim, por tudo, senhor presidente, estou acompanhando o ministro relator, com fundamento específico do art. 62, § 9º, que teria sido descumprido, neste caso, e ainda de pronto já votando no sentido da modulação dos efeitos da nossa decisão para dar o tempo devido para a convalidação dos atos ou, pelo menos, dos fatos.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu praticamente adiantei o meu ponto de vista, mas inicio louvando o brilhante voto do eminente relator, que, como sempre, traz preciosas lições e ponderações para análise de seus eminentes pares.

Eu reafirmo aquilo que disse um pouco antes, no sentido de entender que as medidas provisórias são instrumentos que vieram para ficar no mundo moderno, no mundo globalizado, a que, no passado recente, chamavam decretos-leis, agora são medidas provisórias e outros nomes adotados nos distintos países, ou seja, são instrumentos que o Executivo tem no mundo globalizado, em que precisa reagir rapidamente para fazer face a esses desafios que se colocam cotidianamente.

Com relação aos requisitos de relevância e urgência, creio que a matéria foi praticamente esgotada pelos eminentes colegas que me antecederam, mas também compartilho desta ideia de que a análise desses requisitos, por parte do Supremo Tribunal Federal, deve ser feita *cum grano salis.*

Existe um primeiro momento em que as medidas provisórias são editadas. Nós precisamos examinar com muito cuidado esses requisitos, porque não podemos nos substituir a essa vontade política de caráter discricionário, essa ampla discricionariedade que tem os atos de governo, como é o caso.

Há uma gradação no sentido de uma dificuldade maior por parte da análise dessas medidas, pelo Plenário do Congresso Nacional, quando tais medidas provisórias são convoladas em lei pelo Congresso Nacional. Aí junta-se a vontade política do Poder Executivo à vontade política do Legislativo, que ratifica, que referenda esses requisitos entendendo que, de fato, há urgência e relevância. Portanto, para que possamos ingressar neste âmago, nesta matéria, nós precisamos ter extremo cuidado porque não podemos – salvo realmente um erro gritante ou um abuso de poder – substituir a vontade política soberanamente manifestada pelos representantes do povo no Executivo e no Legislativo.

Neste caso, e aderindo também ao entendimento do ministro Ayres Britto, eu verifico que, em se tratando de meio ambiente, a matéria é sempre urgente,

pois o planeta não pode mais esperar as medidas protetivas por parte dos distintos governos.

Especificamente com relação ao § 9º do art. 62, eu quero reiterar a preocupação que manifestei anteriormente no sentido de que este dispositivo constitucional está redigido de maneira imperativa, ou seja, a comissão mista de deputados e senadores que examinará as medidas provisórias não pode omitir-se. Ela deve dizer sim ou não, dar ou não o seu *placet* à medida provisória que vem do Poder Executivo.

O que aconteceu na espécie? Apesar de ter sido designado um relator que emitiu parecer, a comissão não deu *quorum* simplesmente. Houve manobra de claríssima obstrução que impede exatamente o Congresso Nacional, que representa soberanamente o povo, de exercer o seu papel de examinar as medidas provisórias pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ora, editou-se a Resolução 1/2002, que estabelece exatamente isso e, a meu ver, *data venia* – e vou ficar isolado certamente nesse ponto de vista, já verifiquei isso de antemão –, aqui, o que se pretende impedir é que seja violada essa metodologia constitucional, ou seja, de que se examine essas medidas provisórias em tempo hábil para que elas não percam a sua eficácia no prazo de sessenta dias. E essa Resolução 1/2002, na verdade, é uma resolução que trata de matéria *interna corporis*. E o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão, diz que nós não podemos nos debruçar sobre matéria desta natureza. Nos pareceres que nos foram entregues, isso consta com todas as letras com muita clareza. Portanto, alterando uma disposição regimental, ou seja, estabelecendo prazo de tramitação dessas medidas provisórias no âmago, no seio do Congresso Nacional, é que se editou essa Resolução 1/2012 estabelecendo exatamente isto, um prazo improrrogável de quatorze dias, contado da publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União*, para que essa comissão se manifeste, nos termos expressos da Constituição, diga sim ou não, está ou não de acordo. Não é um parecer vinculante.

E nesse caso há mais uma particularidade que me impressiona, que é a seguinte: ante uma manobra obstrutiva dessa comissão mista, o que fez o Congresso Nacional? Avocou a discussão para o Plenário das duas Casas. E aí ficou obedecido, a meu ver, exatamente o princípio da proporcionalidade, ou seja, o Congresso Nacional sabidamente é representado pelas várias correntes de opinião pública nos seus plenários, no da Câmara dos Deputados e no do Senado Federal.

Então, eu penso, senhor presidente, que aqui nós estamos incidentalmente, se o ponto de vista substancioso do ministro Fux prevalecer, declarando a inconstitucionalidade incidental dessa Resolução 1/2012. Porque estamos entendendo – isso foi veiculado com todas as letras pelo eminente ministro Ayres Britto – que o Congresso Nacional não pode regulamentar, por meio de resolução, uma determinação taxativa que consta no texto da nossa Carta Magna, que é exatamente o § 9º do art. 62.

Eu me preocupo muito com o momento que enfrentamos, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, ou seja, o momento em que o mundo enfrenta uma crise econômica seríssima e que o Poder Executivo precisa estar dotado de instrumentos hábeis para enfrentar esta crise econômica. Como é que o governo vai enfrentar esta enxurrada de moeda estrangeira que valoriza artificialmente a moeda nacional? Só intervindo no mercado. Agora, isso se faz como, fundamentalmente? Com outros instrumentos, evidentemente, com vários instrumentos, mas isso se faz por meio de medidas provisórias.

Desse modo, se nós dermos essa interpretação, com todo o respeito, que me parece será a prevalente, no sentido de possibilitar a uma comissão mista de deputados e senadores a obstrução destas medidas provisórias, nós estaremos, mais uma vez, com o devido respeito, subtraindo ao Poder Executivo um instrumento importantíssimo para interferir na realidade social e econômica, cujo quadro não se apresenta, na atual conjuntura, muito róseo.

Então, com a devida vênia, eu vou discordar do eminente relator para julgar improcedente esta ação direta de inconstitucionalidade, rejeitando ambos os fundamentos.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, só para deixar claro que eu já votei acompanhando o relator, salvo quanto ao primeiro fundamento.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, chegou minha vez de votar, de pronunciar-me sobre a matéria, já muito esmiuçada.

Os conceitos de urgência e relevância, reconheço, possuem textura aberta, mas os institutos consubstanciam requisitos constitucionais para a atuação anômala do Executivo normatizando, muito embora com balizas no tempo, visando a submissão do ato ao Congresso Nacional.

Ninguém coloca em dúvida que, ante a degradação do meio ambiente, a disciplina de qualquer instrumento mostra-se, visando minimizá-lo, mitigá-lo, freá-lo, relevante e urgente. Não coloco em dúvida o atendimento, portanto, das formalidades próprias à atuação do Poder Executivo. Mas, quanto à tramitação da medida provisória, há de ser observado o devido processo normativo. As regras constantes da Constituição que balizam esse processo são imperativas, cuja observância é essencial à valia do processo. As comissões estão previstas na Carta da República, e mais especificamente no § 9º do art. 62, a versar justamente a tramitação das medidas provisórias – e parece que, até aqui, a EC 32/2001 ainda não surtiu efeitos. Prevê o preceito que a medida provisória deve passar por uma comissão mista, integrada por deputados e senadores, que diria mais robusta do que as comissões em geral.

O que houve na espécie? A medida provisória não passou por essa comissão – e, então, não sei qual foi o critério utilizado, designou-se um deputado federal, poderia ter sido um senador, para emitir o parecer, que deve ser emitido pela comissão –, e a medida provisória veio a ser convertida em lei. Lembro-me, presidente, de lição do Celso Antônio Bandeira de Mello, apontando que defeito na tramitação da medida provisória contamina a lei de conversão, porque se quer todo o processo harmônico com a Constituição.

Quanto ao tema, de uma forma mais abrangente, sou relator de ação direta de inconstitucionalidade em que se ataca modificação implementada no Código Florestal, que é de 1965, introduzida por uma medida provisória daquelas apanhadas pela EC 32, e que passaram a viger por prazo indeterminado, porque há uma inapetência do Congresso Nacional em apreciá-las. Veja Vossa Excelência, veio um sistema que impôs prazo exíguo para a apreciação das medidas provisórias, e, mesmo assim, aquelas existentes em 2001 estão ainda a vigorar. Não houve, pelo visto, vontade política para enfrentá-las. E a MP 2.166, que introduziu modificações seríssimas no Código Florestal, está vigorando até hoje, atacada, como disse, nessa ação direta de inconstitucionalidade da qual sou relator.

Presidente, é preciso conferir-se eficácia à Constituição Federal; é preciso que as normas nela contidas vigorem e sejam observadas, principalmente por aqueles encarregados de normatizar. E essa observância, a toda evidência, no que deixou de atuar uma comissão mista para ter-se, simplesmente, ato individual de certo deputado federal, talvez integrante da comissão mista, não ocorreu, no que se converteu em lei a medida provisória, que não passou pela comissão mista, não mereceu o parecer da comissão mista. Colocou-se, em segundo plano, ferindo de morte, o processo legislativo.

Dar um jeito na situação considerado o objeto? Não posso, presidente, porque devo sopesar valores, e o compromisso maior do Supremo é com a guarda da Constituição Federal. Não desconheço a importância do instituto criado, que merece loas, mas não posso, potencializando o objetivo, simplesmente rasgar a Carta Federal e afastar do processo legislativo a forma essencial, como disse, prevista no § 9º do art. 62 da Constituição Federal, que é claríssimo, é de uma clareza solar, e, mesmo assim, se mostrou desconhecido dos nossos representantes, deputados federais e senadores, a revelar:

> Art. 62. (…)
> (…)
> § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores [órgão colegiado, inconfundível com integrante em termos de individualidade de uma das Casas] examinar [esse exame não houve] as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Dir-se-á: mas a comissão autorizou o procedimento por parte do deputado federal. Que poder tem a comissão mista para colocar em segundo plano a Constituição Federal? A norma não é dispositiva, não é norma que somente atue

quando não haja manifestação de vontade. Ela impõe às Casas do Congresso Nacional a arte de proceder.

Por isso, presidente, peço vênia para ficar do lado diametralmente oposto ao que adotou o ministro Ricardo Lewandowski para acolher, de forma integral, o pedido formulado na inicial. A criação verificada não se mostra, a todos os títulos, válida, presente a Constituição, a não ser que, no tocante a essa medida provisória, tendo em conta o objetivo a ser alcançado, digamos que não incide o Texto Maior.

É como voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência, então, está acompanhando o relator?

O sr. ministro Marco Aurélio: Não é bem assim. Julgo procedente às inteiras, tal como formulado, o pedido. Não contemporizo, simplesmente entendo que o defeito é de tal vulto que fulmina a lei de conversão.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Celso de Mello, se Vossa Excelência permite, muito rapidamente?

O sr. ministro Celso de Mello: Pois não. Claro, com o máximo prazer.

O sr. ministro Ayres Britto: No livro que citei, escrevi que o pressuposto constitucional para essa investidura do presidente da República, em função normativa primária, está na ocorrência de um caso, um fato, um acontecimento do mundo do ser que se revista, ao mesmo tempo, de relevância e urgência. Não só relevância, não só urgência.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: As duas coisas. E cito Roque Antonio Carrazza, mas, interessante, eu citei também o ministro Marco Aurélio, isso há dezessete anos, do egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.441, do Distrito Federal, em que Sua Excelência, o ministro Marco Aurélio, já enfatizava a necessidade dessa concomitância de pressupostos da edição da medida provisória, a confirmar o caráter excepcional desse ato da ordem legislativa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Durante muitos anos, o Supremo entendeu que não podia examinar o atendimento aos dois requisitos: relevância e urgência. Ficávamos, então, vencidos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite? Essa é uma questão extremamente relevante para o próprio processo democrático. Se nós hoje prestarmos atenção nas análises que fazem experientes parlamentares e

também analistas políticos, todos eles, partindo às vezes de premissas diferentes, chegam à conclusão de que por fás ou nefas teria havido uma certa desvalorização da atividade parlamentar em sentido amplo, tanto no que concerne à própria atividade legislativa, que é objeto dessa preocupação, como no que concerne mesmo à participação nos grandes debates nacionais. Na medida em que nós estamos a discutir, eu lembrava uma participação numa discussão recente do ministro Ayres Britto sobre essa questão, quer dizer, na medida em que nós estamos a valorar essa decisão constante do § 9º do art. 62, nós estamos a enfatizar esse aspecto deliberativo da atividade parlamentar.

O sr. ministro Ayres Britto: Foi na ADI 4.357/DF.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente, que não é um aspecto de somenos relevância ou importância, é um aspecto extremamente importante, porque a comunidade acompanha esse tipo de deliberação, isso fica documentado, conhecem-se as posições assumidas pelos partidos, há um registro disso no ambiente político e na consciência de todos, por isso a importância dessa decisão.

E veja, nós não estamos aqui retirando a importância normativa da medida provisória, que continuará a ser passível de ser editada, mas dentro de pressupostos. E como já foi dito, também, nós não podemos subestimar a importância da medida provisória. O ministro Ricardo Lewandowski destacou isso muito bem. O País tem passado por crises sérias, internas e externas, no campo econômico-financeiro, e talvez não tenha tido maiores problemas, não tenha sucumbido graças à agilidade desse tipo de instrumento. Num quadro de crise política, se tivéssemos que discutir a aprovação ou não de medidas desse jaez, muito provavelmente teríamos a crise se precipitando.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte em abono ao que Vossa Excelência está tão bem colocando, não no que diz respeito aos meus argumentos, mas aos que Vossa Excelência agora está veiculando. É o que está acontecendo na Grécia, agora, e em outros países que têm um regime parlamentar, no qual precisam discutir pontualmente todas as medidas econômicas e que está praticamente inviabilizando a recuperação desses países.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Senhores ministros, não obstante o elevado respeito que tenho pelas opiniões divergentes e certa reserva em relação à regulamentação das medidas provisórias, cuja necessidade é unanimemente reconhecida em certo contexto, não apenas político, mas também econômico do mundo moderno, não me sinto muito à vontade para concordar com todas as críticas que se fazem ao perfil da disciplina das medidas provisórias no sentido de que representaria uma *capitis deminutio* do Legislativo. A verdade real é que o regime jurídico normativo das medidas provisórias é produto da vontade do Legislativo. Foi ele que aprovou uma emenda constitucional; foi ele

que aprovou o texto na constituinte; é ele que abdica os poderes. Portanto, nem pode queixar-se de que sofre redução das suas competências, dos seus poderes tradicionais. Se tem que se queixar, tem que se queixar de si próprio.

No caso concreto, tampouco vejo, com o devido respeito, como alguma coisa anômala ou atípica a previsão de prazo para a atuação de comissão prevista na Constituição. O que o Congresso Nacional fez? Estabeleceu um prazo para forçar que a comissão atue. Porque, doutro modo, pensando-se que o Congresso não possa fazê-lo, temos o quê? Temos que essa comissão não se sentirá obrigada, em nenhum instante, a manifestar-se, e vai se escoar o prazo após o qual a medida provisória perde a eficácia. Noutras palavras, é método de operacionalidade do próprio Legislativo. Se o Legislativo não estabelece esse prazo, a comissão evidentemente não se sentirá de nenhum modo movida a exercer a competência que a Constituição lhe atribui.

Então, desse ponto de vista, peço vênia ao eminente ministro relator e aos votos que o acompanharam, para rechaçar esse fundamento, mas acolho o segundo fundamento, que, na ordem do voto do ministro, é o primeiro. A mim, parece-me que, no caso, falta, com clareza, o requisito de urgência. E por uma razão muito simples, porque está aqui na petição inicial, com cópias dos autos, sem nenhuma contestação: no mesmo ano da aprovação da lei, por conversão da medida provisória, o Ibama celebra com o novo instituto, um acordo de cooperação, ainda no mês de novembro, mediante expedição de decreto que retransfere as atribuições do novo instituto para o Ibama, levando a petição inicial a dizer, com certa propriedade, que essas competências foram estornadas, voltaram para o Ibama. Noutras palavras, se o próprio Ibama reconheceu a possibilidade de receber de volta e exercer essas atribuições, é porque a delegação dessas atribuições para outro instituto não era absolutamente urgente. Porque, se o fosse, teria o instituto de, imediatamente, exercer essas atribuições. Noutras palavras, criou-se um instituto ao qual se outorgaram determinadas competências que não foram exercidas, porque imediatamente o antigo órgão se desfalcou dessas competências, recobrando-as por acordo, e continuou tudo como dantes.

De modo que, neste caso, me parece manifesta a inexistência dessa urgência. Por esse fundamento, acompanho o voto do relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.029/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional (Advogado: Diego Vega Possebon da Silva). Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação de eficácia, contra os votos dos ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Impedido o ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o ministro

Joaquim Barbosa. Falou, 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, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 7 de março de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

QUESTÃO DE ORDEM

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

Senhor presidente, hodiernamente, quando se faz uma análise da postura judicial, ora se entende que uma Suprema Corte deve ser minimalista, ora se entende que deve ser maximalista e ora se entende que tem que ser consequencialista.

Há uma obra recente do professor Cass Sunstein em que ele faz exatamente essa afirmação. Eu colhi um parágrafo em que ele diz o seguinte: "essa postura consequencialista se caracteriza pela prudência, que é um elemento ínsito à atividade judicante, que deve, em última análise, promover a paz social. Se um julgamento tem relevância suficiente para causar graves efeitos para a ordem social, mesmo individual, esses efeitos devem ser considerados." Ele se vale da seguinte metáfora: "os juízes devem decidir como acharem apropriado, mesmo que os céus venham a cair; porém, se a possibilidade de os céus caírem for real, talvez os juízes não devam adotar a solução que entendam correta."

Eu me refiro a essa passagem, senhor presidente, pelo seguinte: todos nós acompanhamos os noticiários de hoje, e a Advocacia-Geral da União traz uma questão de ordem que vou acolher, no sentido de que, não obstante, diante da decisão proferida por essa Suprema Corte reconhecendo que a referida resolução não se amolda ao comando constitucional e tendo em vista o elevado número de medidas provisórias convertidas em lei, mediante adoção dos seus termos, é de fundamental importância que essa Suprema Corte estabeleça o prazo necessário para que o Congresso Nacional possa acomodar o processo legislativo à nova interpretação dada, contrária ao entendimento anterior. Realmente, havia um entendimento anterior, do ministro Gilmar Mendes, mitigando a aplicação daquele parágrafo em razão da recenticidade da emenda constitucional.

Informações preliminares dão conta de que aproximadamente quinhentas medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento ora declarado inconstitucional. Daí a necessidade imperiosa que seja dada segurança jurídica às normas já editadas, evitando-se grave distorção de todo o sistema na corrida desenfreada ao Poder Judiciário. Quer dizer, essa é uma demonstração de que devemos ter, nesse caso, uma postura consequencialista.

A Advocacia-Geral da União submete ao Plenário, com urgência, o pedido para que seja concedido o mesmo prazo de 24 meses para que o Congresso Nacional possa adaptar o processo legislativo de tramitação das medidas provisórias à nova orientação; que sejam resguardados os diplomas legais editados com base na resolução de modo a assegurar a denominada relação jurídica das relações jurídicas.

Proponho que nós acolhamos essa questão de ordem, fazendo uma leve ponderação, que seria a seguinte: a partir de então, de agora, as novas medidas provisórias deveriam se submeter àquele procedimento legislativo constitucional – as novas –, e as que já tramitaram e estão tramitando que sejam consideradas válidas pelo processo que elas seguiram.

Aqui, na verdade, o que se pede é que seja concedido prazo de 24 meses para que o Senado se adapte. Eu acho que, talvez, mais adequado seja que as medidas provisórias que têm iniciativa a partir do julgamento da Presidência da República já obedeçam ao novo modelo traçado pelo Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por hora, infelizmente, não temos *quorum* para deliberar sobre esse assunto. Vamos aguardar.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu estou impedido, porque eu me manifestei, como advogado-geral da União, defendendo a constitucionalidade da medida provisória.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente por isso.

O sr. ministro Ayres Britto: Nada impede que Vossa Excelência reapresente a questão de ordem quando o nosso *quorum* estiver recomposto.

DEBATE

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Essa questão de ordem é até uma questão de ordem pública.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Assim que tivermos a presença do ministro Gilmar Mendes, nós decidiremos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu acho que é uma questão de grande seriedade, que precisa ser resolvida, sim.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É que nós não poderíamos imaginar essa leniência parlamentar diante da letra tão clara do texto constitucional.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente, eu desde logo louvo a preocupação de Vossa Excelência, sem adiantar o meu voto, e a construção jurídica muito subtanciosa que Vossa Excelência acaba de enunciar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Podemos retomar, porque o ministro Gilmar está chegando.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Se Vossa Excelência me permite, acolho a questão de ordem para as novas medidas provisórias – as que já tramitaram e que estão tramitando seguiriam procedimento que vêm seguindo até então.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Na verdade, vai dar eficácia *ex nunc*. É isso? Simplesmente isso?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência reformula a modulação do efeito conferido ontem à decisão que tomamos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É, porque nós fomos surpreendidos com esse número avassalador de leis ritualmente votadas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Acho que não é nem que reformula, é que agrega ao voto, relativamente às medidas provisórias que tenham se convertido sem aquela observância, e dá esta decisão.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É uma diretriz.

O sr. ministro Ayres Britto: Ontem nós falamos até em prazo de 24 meses. Então, estamos agora reformulando.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu acho que para aquela se mantém.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Aquela se mantém. Essa é agregativa, essa decisão.

O sr. ministro Ayres Britto: Entendo. Então agora é uma nova proposta.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Diante desse novo quadro que nos chamou atenção.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu sempre prefiro não assinalar prazo, não marcar prazo para o Legislativo, porque nós sabemos que o Legislativo não é obrigado a legislar.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Aqui não há prazo, ministro Ayres. A matéria de ontem ficou deliberada pela maioria absoluta e se sedimentou. Agora, aqui, nós estamos numa questão de ordem.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência está buscando uma solução operacional para resolver problemas *in concreto*, que seriam de impossível solução se não resolvêssemos a questão de ordem tal como Vossa Excelência está propondo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência admite a intervenção do advogado-geral da União?

O sr. Luís Inácio Lucena Adams (advogado-geral da União): Presidente, relator, apenas em relação à questão do prazo de 24 meses para adaptação do regimento. Essa é uma solicitação que compôs a questão de ordem? O Congresso tem que ajustar o regimento também para efeito de rotinizar os procedimentos internos. Então, a razão pela qual se indicaria o prazo é apenas para permitir que o Congresso Nacional delibere internamente como ele vai, evidentemente observado o marco constitucional, absorver de maneira tranquila as questões,

até para que os debates internos não sejam convulsionados por interpretações de como se aplicaria o entendimento da Corte. Então, por essa razão que a gente sugeriu esse prazo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu apenas tive essa preocupação, mas entendo também que a autoridade da Corte na preservação do texto constitucional, claro, também é importante. Então, observe, a elaboração do regimento, a adequação de um artigo do regimento, um dispositivo do regimento que foi lido ontem, o art. 1º, tenho impressão de que não tomará tanto tempo assim. Nós estamos validando todas as medidas provisórias que não obedeceram, as que estão tramitando, mas, agora, pretendemos que, diante da nova orientação da Suprema Corte, as novas medidas obedeçam ao procedimento constitucional. Essa é que seria a minha questão de ordem, minha proposta.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Do ponto de vista prático, a solução é simples, porque, segundo os votos de Vossas Excelências – não do meu, porque o meu é diferente –, da maioria vencedora, foi reconhecida a inconstitucionalidade daquela norma. Não sendo observada, a medida vai para a comissão, sem prazo. É isso, simplesmente isso.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei, senhor presidente.

O sr. ministro Ayres Britto: E não teremos que examinar cada caso concreto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Em outras palavras: não há necessidade de outorga de prazo ao Congresso, porque a maioria reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade daquela disposição da Resolução 1. Portanto, ela não se aplica, e não há prazo para a comissão deliberar.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, apenas para – eu também já ouvi a explanação do ministro Fux – colocar um pouco essas ideias em uma dada ordem. De fato, a situação é extremamente grave, talvez uma das mais graves com as quais nós já tenhamos nos deparado, tendo em vista a dimensão, que vai muito além do caso que foi objeto da discussão, uma vez que, pelo que se fala, de alguma forma poderia incidir sobre algo em torno de quinhentas leis ou medidas provisórias já convertidas em lei. A fórmula ontem adotada foi a da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*, portanto, fazendo cessar...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sem declaração de nulidade imediata.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Isso, sem declaração de nulidade imediata, deixando a lei em vigor, mas obrigando, portanto, o Congresso a refazer o rito procedimental legislativo. Essa é a consequência. Se esse raciocínio se aplica também às demais, às outras 499 leis – ou podem se aplicar –, obviamente que o Congresso teria uma atividade intensa.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Só por conta disso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. Então, essa é a questão. Esse é um ponto para o qual eu gostaria de chamar a atenção. Podemos até acertar isso e dizer: "então não vamos aceitar mais nenhuma impugnação em relação a isso."

A Advocacia-Geral poderia até me ajudar, se eu estiver equivocado, mas eu ouvi informações de que haveria cinquenta medidas provisórias ou leis convertidas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ações.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Com ações diretas aqui no Supremo Tribunal Federal, também com essa *causa petendi*, com esse fundamento, o que serve para complicar esse coquetel.

Por outro lado, não podemos esquecer, essa é outra delicadeza do tema da eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, que nós temos que combinar com os "russos". Os "russos", no caso, são os cinco mil juízes e noventa tribunais que podem declarar a inconstitucionalidade de lei em caso concreto, tendo o Supremo já dito. Desculpe, não são cinco mil juízes, são dezoito mil juízes; portanto, é disso que se cuida.

Então, eu vou pedir vênia ao relator e propor que julguemos improcedente a ação proposta, afirmando que esse modelo era "ainda constitucional" – na linha até do que eu já tinha falado naquela ação direta de inconstitucionalidade – e, a partir de agora, asseveramos a inconstitucionalidade; quer dizer, passa o Congresso a ter que fazer o rito, e que faça a sua adaptação a partir das medidas provisórias que venham a ser editadas.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Claro, ministro Gilmar Mendes, muitas dessas medidas provisórias que foram convertidas em lei constituem marcos regulatórios importantíssimos, sob os quais se baseia a nossa economia. Então, o risco é enorme.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E pode ocorrer declaração *incidenter tantum*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É, exatamente, a economia, a vida econômica, a vida empresarial. Podemos criar um caos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Nós chegaremos ao...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente, neste momento em que o Brasil está deslanchando economicamente e vai se tornar a quinta economia do mundo, nós não podemos minar as bases desse sistema.

O sr. ministro Ayres Britto: Questão de ordem agora resolvida, resolve isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu acho que a questão de ordem busca essa solução.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estamos todos de acordo. As fórmulas são convergentes, e é mais questão nominal. Na verdade o que nós reconhecemos – nós, eu digo, a maioria reconheceu – foi a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 1/2002.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Da resolução não, da lei, presidente. Não votamos a resolução.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A inconstitucionalidade foi da lei.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A lei de conversão.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Incidentalmente reconhecemos a inconstitucionalidade da resolução.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas não proclamamos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Incidentamente a consequência é essa.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Acho que não declaramos ainda a inconstitucionalidade.

O sr. ministro Ayres Britto: Não declaramos, não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Chegamos a suscitar isso, e aqui foi dito que nós não deveríamos dar desse passo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. A minha postura foi exatamente essa, porque eu reconheci que o Poder Legislativo...

A sra. ministra Cármen Lúcia: Vossa Excelência julgou procedente por causa da ausência do requisito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, mas porque o Poder Legislativo tinha competência para, mediante essa resolução, regulamentar o § 9º; portanto, a lei não era inconstitucional, porque era constitucional a resolução. E o que a maioria decidiu foi exatamente o contrário, concluindo que, porque a resolução era inconstitucional, como não obedeceram ao § 9º, a lei foi declarada inconstitucional. Na medida em que estamos reconhecendo a inconstitucionalidade desse dispositivo da resolução, está resolvido o problema. Nós damos efeitos *ex nunc*, e, daqui para a frente, o Congresso já não precisa observar o prazo nem o procedimento da resolução.

O sr. ministro Ayres Britto: A saída é boa também.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nessa linha do controle incidental, podemos até fixar um prazo mais curto – parece-me que tem de ser um prazo mais curto para resolver isso – se vamos caminhar para, de fato, declarar a inconstitucionalidade da resolução. Esse era um ponto que ontem eu tinha perguntado e pareceu que tinha ficado isso apenas como *obter dictum*.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Bem, há essa menção no voto, mas houve um momento que nós entendemos que não deveríamos prosseguir para declarar a inconstitucionalidade incidental da resolução.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas foi o argumento básico da douta maioria ao reconhecer que o relator, como está na resolução, pudesse substituir o parecer da comissão.

O sr. ministro Ayres Britto: É, seria uma consequência natural.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu queria relembrar o seguinte: quando o Tribunal julgou o caso do amianto, o ministro Eros Grau suscitou exatamente

que uma questão antecedente, um ato normativo antecedente, deveria ser julgado inconstitucional porque ele dera ensejo a outro ato inconstitucional. Naquela oportunidade, observou-se que os tribunais locais têm o incidente de declaração de inconstitucionalidade com aquela cisão funcional: para tudo, julga-se no órgão policial e integra-se a premissa do acórdão recorrido. Aqui não há essa cisão, porque nós temos de conhecer de tudo. Então, seria mais uma razão jurídica para adotarmos a solução que Vossa Excelência preconiza de também declarar incidentalmente a inconstitucionalidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Declarar incidentalmente a inconstitucionalidade desses dispositivos que, tendo sido observados em dano do § 9º, resultaram na inconstitucionalidade da lei; quer dizer, daqui para a frente, com eficácia *ex nunc*. Como essas normas da resolução já não estão em vigor, o Congresso pode deliberar, observando apenas o § 9º do art. 62.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu incluo isso no voto e acho que a solução fica boa.

O sr. ministro Ayres Britto: Acho que fica boa, é de bom tamanho.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu continuo curioso em saber o que vai ficar em relação ao juízo da procedência. Se fica o comando para que o Congresso refaça o Instituto Chico Mendes, se esse comando se estende também ou pode ser estendido às demais leis, nós só estamos adiando um problema que vai voltar aqui.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas aí ficaria específico sobre o problema do Instituto, só. Daqui para a frente, qualquer aprovação depende de observância do § 9º. Só ficaria pendente a questão do Instituto.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Só a questão do Instituto.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Gilmar Mendes, se nós deliberarmos isso, e o Parlamento voltar a incidir nesse erro...

O sr. ministro Ayres Britto: Só a questão do Instituto, e todas as outras estariam resolvidas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não é voltar a incidir, vamos tentar...

A sra. ministra Cármen Lúcia: A preocupação do ministro tem sentido, tem todo sentido. Como é que fica o Judiciário, que está provavelmente sendo instado a se pronunciar em questões baseadas exatamente, tendo como fundamento... Não é isso, ministro Gilmar Mendes? Como é que fica o juiz diante disso? É isso que é a solução. Nós estamos convalidando...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Daqui para trás, todas as leis aprovadas com observância da resolução, nós as consideramos constitucionais. Daqui para a frente, como a resolução já não vige, o Congresso tem liberdade para obedecer ao art. 62, § 9º, sem a observância da resolução.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Deixe-me tentar refazer um pouquinho só para tentar ordenar. O juízo que nós emitirmos sobre essa lei, de alguma forma,

vai repercutir sobre tantas leis quantas tenham sido editadas sobre esse mesmo formato. É um pouco isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas nesse ponto vamos reconhecer que as leis anteriores continuam todas constitucionais, sob esse ponto de vista.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Constitucionais?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Constitucionais. Isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então, estamos julgando...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eficácia *ex nunc*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não é *ex nunc*. Estamos julgando, então, improcedente. Essa é a minha proposta. A minha proposta é que nós julguemos "ainda constitucional".

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque se vale tudo até aqui, a lei que criou o Instituto Chico Mendes também.

O sr. ministro Ayres Britto: É melhor a tese, então, do "ainda constitucional".

O sr. ministro Gilmar Mendes: É isso, porque *ex nunc*, nós estamos declarando inconstitucional, só que a partir de agora ou a partir do momento no futuro.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E o Instituto foi criado antes.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja a preocupação minha...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência tem toda a razão. Por coerência, o dispositivo pode ser mudado para improcedência.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O Instituto Chico Mendes continua.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É isso que estou pedindo. Do contrário, nós podemos estabelecer: primeiro, podemos suscitar uma série de ações diretas de inconstitucionalidade aqui, afora as que certamente já estão distribuídas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E mais os de declaração incidental, que é o que nós não sabemos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Isso, o potencial de declaração de inconstitucionalidade incidental.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Nós estamos criando uma insegurança constitucional na matéria.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): De qualquer maneira vamos ter que declarar a inconstitucionalidade incidental, com eficácia *ex nunc*, da resolução.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Da resolução, porém, a solução à ação haverá de ser a improcedência, com a manutenção do Instituto e a desnecessidade da convalidação que ontem nós tínhamos proclamado, considerando que a validade dessa declaração é daqui para a frente.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essas normas e outras que tenham sido votadas sobre este rito "eram ou devem ser consideradas ainda constitucionais" e declaramos, então, a inconstitucionalidade...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Desses artigos da resolução.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Desses dispositivos, de modo que daqui para a frente efetivamente...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência tem mais alguma dúvida? Vamos ouvir o advogado.

O sr. Luís Inácio Lucena Adams (advogado-geral da União): Apenas um esclarecimento. Daqui para a frente seriam para as novas medidas provisórias que vierem a ser editadas, não alcançando as que estão tramitando?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Daqui para trás, as que já foram aprovadas estariam a salvo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Foram todas julgadas improcedentes.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim. Por eventuais ações diretas de inconstitucionalidade que venham a ser propostas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque nós estaríamos resolvendo já a questão constitucional posta.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O Supremo tem precedentes no sentido de declarar a inconstitucionalidade, de declarar a lei "ainda constitucional".

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas nós estamos dizendo: na verdade, ela é inconstitucional, mas os efeitos da inconstitucionalidade não se produzirão a não ser daqui para a frente. Isso vale para o Judiciário e também para o Legislativo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Vou redigir assim.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O Plenário poderia autorizar, na linha do que disse o ministro Celso de Mello, que nós, monocraticamente, pudéssemos decidir.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O problema é o "monocrático" para isso; a decisão monocrática, nesse controle abstrato, sem *quorum*.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. Luís Inácio Lucena Adams (advogado-geral da União): Presidente, Vossa Excelência me permite? Rapidamente. Nós temos cinquenta medidas provisórias em tramitação no Congresso, algumas já no Senado. Essa decisão alcançaria as novas medidas provisórias que vierem a ser editadas pelo presidente da República?

O sr. ministro Ayres Britto: Quanto a esse vício de tramitação.

O sr. Luís Inácio Lucena Adams (advogado-geral da União): Quanto ao vício de tramitação. Exatamente.

O sr. ministro Ayres Britto: Aquele exclusivo vício de tramitação.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim, se não se indicar sobre outro aspecto, senão parece um *bill de indenidade* para tudo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas há medidas em tramitação.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, porque não foram convertidas ainda. Elas não foram convertidas, elas não são nada ainda.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): As que estiverem lá naquele prazo não sofrerão os efeitos dessa nossa decisão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, sofrer os efeitos dessa nossa decisão, por quê? Porque, na tramitação, o Congresso já não terá a necessidade de respeitar os dispositivos da resolução que estamos declarando *incidenter tantum* inconstitucional.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, Vossa Excelência pode proclamar e eu vou redigir.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou proclamar o resultado, e Vossas Excelências me corrigirão.

O Tribunal altera o dispositivo do acórdão da ADI 4.029 para ficar constando que julgou improcedente a ação com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, contra os votos do ministro Marco Aurélio e do presidente, que julgavam procedente a ação.

Eu julgo procedente a ação por outro motivo: por falta de urgência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu também julgava improcedente, senhor presidente, pelo segundo fundamento.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, não altera nada, porque o voto de Vossa Excelência se soma no dispositivo. É improcedente. Ficamos vencidos o ministro Marco Aurélio e eu, cada um por fundamentos diferentes, e julgamos procedente a ação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Num fundamento eu coincido com o de Vossa Excelência, porque eu entendia que resolução era constitucional, matéria *interna corporis*, e que não colidia com o § 9º do art. 62.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas está em outro fundamento.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Apenas para registro, eu acho que essa é uma solução pragmática e louvável que o Plenário do Supremo toma agora.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, está clara a proclamação? Consta como acolhimento da questão de ordem suscitada pelo eminente relator.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Seria interessante que o relator fizesse constar, presidente, do...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, O advogado da União ainda tem alguma dúvida? O momento seria bom para dissipar.

O sr. Luís Inácio Lucena Adams (advogado-geral da União): Senhor presidente, esse impacto é muito grande. Essas cinquentas medidas provisórias que estão tramitando, já estão em fase no Senado e não iniciaram com essa decisão; fatalmente, mantida a incidência desta decisão em relação a elas também, elas todas cairiam, necessariamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Elas não são nada hoje.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim, porque os que já estão em tramitação ainda estão naquele regime anterior.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não podem nem ser aprovadas. Não são nada.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Resolvido um problema nacional.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.029/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional (Advogado: Diego Vega Possebon da Silva). Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo advogado-geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da ADI 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator, contra o voto do ministro Cezar Peluso (presidente), que julgava procedente a ação. Impedido o ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa e, nesta questão de ordem, o ministro Marco Aurélio.

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, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 8 de março de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.083 — DF

Relatora: A sra. ministra Cármen Lúcia

Requerente: Governador do Distrito Federal — Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal — Interessado: Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo – IBEDEC/DF

Ação direta de inconstitucionalidade. Serviços de telecomunicações. Internet. Cobrança de taxa para o segundo ponto de acesso. Arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição da República. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Inconstitucionalidade formal da Lei distrital 4.116/2008. Ação julgada procedente.

1. A Lei distrital 4.116/2008 proíbe as empresas de telecomunicações de cobrarem taxas para a instalação do segundo ponto de acesso à internet.

2. O art. 21, XI, da Constituição da República estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, enquanto o art. 22, IV, da Constituição da República dispõe ser da competência privativa da União legislar sobre telecomunicações.

3. Ainda que ao argumento de defesa do consumidor, não pode lei distrital impor a uma concessionária federal novas obrigações não antes previstas no contrato por ela firmado com a União. Precedentes.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da relatora. Ausente, justificadamente, os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Falou pelo requerente o dr. Flávio Jardim, procurador do Distrito Federal.

Brasília, 25 de novembro de 2010 — Cármen Lúcia, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. O governador do Distrito Federal propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra a Lei distrital 4.116, de 7-4-2008, que estabelece:

> Art. 1º Fica proibida a cobrança de taxas adicionais fixas ou variáveis para instalação e uso de acesso à Internet a partir do segundo ponto de acesso, pela mesma empresa provedora, em residências, escritórios de profissionais liberais ou micro e pequenas empresas.
>
> Parágrafo único. A condição de beneficiário da isenção é que a utilização seja para uso doméstico em residências, comercial para consultórios e escritórios de profissionais liberais, para representantes comerciais e para micro e pequenas empresas, e que estas não tenham como atividade-fim a venda ou locação dos serviços de acesso à rede para terceiros usuários.
>
> Art. 2º As empresas provedoras desses serviços ficam obrigadas a fornecer condições técnicas e operacionais para atender às demandas requeridas dos usuários enquadrados como beneficiários desta Lei.
>
> Art. 3º Esta Lei será regulamentada no prazo de 60 (sessenta dias).
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

2. Sustenta o autor que "a Lei em apreço discrepa dos comandos dos arts. 1º, *caput*; 21, XI; e 22, IV; todos da Constituição Federal" (fl. 4).

Argumenta que os serviços prestados pelas empresas provedoras de internet seriam espécies de serviços de telecomunicações e que, assim, "a competência para regular a prestação dos respectivos serviços, e para legislar acerca de telecomunicações, [seria] exclusiva da União, a teor do disposto nos arts. 21, XI, e 22, IV, ambos da Constituição [da República]" (fl. 6).

Por esse motivo, o autor conclui que o Distrito Federal não poderia "editar normas sobre o tema, a menos que houvesse lei complementar federal que expressamente o autorizasse, diploma legal este inexistente" (fl. 6).

Argumenta, ainda, que a lei combatida "discrepa[ria] dos postulados do princípio do pacto federativo", no que afrontaria o art. 1º, *caput*, da Constituição da República.

Requer, ao final, medida cautelar, apontando como perigo da demora a circunstância de que, para dar-se cumprimento à lei, seriam necessárias "despesas que, por certo, comprometer[iam] a equação financeira e orçamentária do Distrito Federal" (fl. 8).

No mérito, pede seja declarada a inconstitucionalidade da Lei distrital 4.116/2008.

3. Adotado o procedimento previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, pelo então relator, o saudoso ministro Menezes Direito (fls. 52-53), a Câmara Legislativa do Distrito Federal prestou informações no sentido de que a "legislação distrital impugnada busca dar efetividade à proteção dos usuários de internet no Distrito Federal, seja em razão da inércia da União, seja em face da competência legislativa concorrente" (fl. 60).

4. O advogado-geral da União manifestou-se pela procedência do pedido e salientou que seria patente a "desconformidade constitucional da lei questionada, porquanto editada em usurpação da competência privativa da União para legislar

sobre telecomunicações, considerando-se que tais serviços não se encontra[ria]m no âmbito de disposição dos Estados ou do Distrito Federal" (fl. 70).

Ressaltou, ainda, que "a Lei distrital hostilizada não tra[ria] nenhuma norma sobre responsabilidade por dano ao consumidor, pois a proibição nela imposta interfer[iria] no custo do serviço oferecido, e não em eventual dano que venha a sofrer o consumidor" (fl. 70).

5. O procurador-geral da República opinou pela procedência da ação e reafirmou a inconstitucionalidade formal da Lei distrital 4.116/2008.

6. O Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo (IBEDEC/DF) apresentou petição (fls. 81-92) para requerer seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. O então relator, ministro Menezes Direito, admitiu o pedido (fl. 97).

7. Passada a relatoria da presente ação direta ao ministro Dias Toffoli (fl. 98), declarou-se ele impedido por ter atuado como advogado-geral da União (fl. 100).

8. Redistribuída a presente ação direta de inconstitucionalidade, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei 9.868/1999, c/c art. 87, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): **1**. Conforme relatado, na presente ação direta de inconstitucionalidade discute-se a validade constitucional da Lei distrital 4.116, de 7-4-2008, por suposta contrariedade aos arts. 1º, *caput*; 21, XI; e 22, IV, da Constituição da República.

2. O autor sustenta que os serviços prestados pelas empresas provedoras de internet seriam espécies de serviços de telecomunicações e que, assim, "a competência para regular a prestação dos respectivos serviços, e para legislar acerca de telecomunicações, [seria] exclusiva da União" (fl. 6).

3. Em 17-6-2008, o ministro Menezes Direito adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

4. Os arts. 1º e 2º da lei impugnada dispõem:

> Art. 1º Fica proibida a cobrança de taxas adicionais fixas ou variáveis para instalação e uso de acesso à Internet a partir do segundo ponto de acesso, *pela mesma empresa provedora*, em residências, escritórios de profissionais liberais ou micro e pequenas empresas.
>
> Parágrafo único. A condição de beneficiário da isenção é que a utilização seja para uso doméstico em residências, comercial para consultórios e escritórios de profissionais liberais, para representantes comerciais e para micro e pequenas empresas, e que estas não tenham como atividade-fim a venda ou locação dos serviços de acesso à rede para terceiros usuários.

> Art. 2º *As empresas provedoras desses serviços* ficam obrigadas a fornecer condições técnicas e operacionais para atender às demandas requeridas dos usuários enquadrados como beneficiários desta Lei. [Grifos nossos.]

Apesar de referir-se às empresas "provedoras" de internet, termo normalmente usado para denominar aquelas empresas que prestam apenas um serviço de conexão à internet, as determinações da lei impugnada indicam ser ela direcionada às entidades exploradoras de serviços públicos de telecomunicações, que dão suporte à empresa provedora de internet.

As *provedoras de internet* são aquelas que prestam um "Serviço de Conexão à Internet", uma espécie de "Serviço de Valor Adicionado" (Norma do Ministério das Comunicações 4, de 31-5-1995), que, nos termos do art. 61 da Lei 9.472/1997, "é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações" e que "*não constitui serviço de telecomunicações*" (grifos nossos).

Por sua vez as *entidades exploradoras de serviços públicos de telecomunicações prestam serviço de telecomunicações* e são, assim, as que fornecem os meios para que se opere a "transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de (...) informações de qualquer natureza" e que possuem concessão, permissão ou autorização expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações (art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997).

Assim, evidente é que a Lei distrital 4.116/2008 tem como destinatárias as entidades exploradoras de serviços públicos de telecomunicações, proibindo a cobrança de taxas adicionais para instalação e uso de internet a partir do segundo ponto de acesso, que apenas pode ser fornecido pela empresa de telecomunicações, viabilizador da transmissão de informações.

5. O art. 21, XI, da Constituição da República estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, enquanto o art. 22, IV, da Constituição da República dispõe ser da competência privativa da União legislar sobre telecomunicações.

Sobre esse conjunto de regras de competência, o professor José Afonso da Silva leciona:

> A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes

> gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar. [*Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 479.]

Ao discorrer sobre a competência privativa da União, Raul Machado Horta assevera que:

> a competência legislativa incorpora os preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal, através da lei e da norma jurídica, sob o comando privativo da União Federal, por intermédio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa. Daí a correspondência entre as atribuições de competência geral e as da competência de legislação, sem a qual a competência geral permaneceria um corpo inerme, sem ação e sem vontade. A correspondência entre as duas competências às vezes se exterioriza na coincidência vocabular das expressões, como se dá na repetição de atribuições (...), com idênticas palavras ou com expressões equivalentes, e quando a correspondência não se exteriorizar de forma ostensiva irá ela alojar-se no inciso mais genérico da competência legislativa federal, abrigando-se no amplo conteúdo do direito material e do direito processual (art. 22, I), que poderá absorver na legislação codificada ou não codificada as atribuições da Federação, situadas na competência geral do Estado soberano. [HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 351.]

Aquele professor faz, ainda, a seguinte ressalva:

> Desfazendo a rigidez inerente à competência privativa, a Constituição [da República] prevê no parágrafo único do art. 22, após a enumeração das matérias incluídas na privatividade legislativa da Federação, que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas relacionadas na competência privativa. Essa forma de delegação legislativa da União aos Estados, no nível dos ordenamentos constitutivos da República Federal, exige lei complementar, portanto, a aprovação da maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional (art. 69), e não se reveste de generalidade, requerendo, ao contrário, a particularização de "questões específicas", subtraídas ao elenco das matérias incluídas na privatividade legislativa da União. [Op. cit., p. 353.]

De se ressaltar que não há lei complementar a autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas de telecomunicações, conforme autoriza o art. 22, parágrafo único, da Constituição da República.

Assim, a União manteve sua competência privativa para legislar sobre telecomunicações, vedada a edição de normas por parte do Distrito Federal, sob pena de extrapolar a sua competência e afrontar o princípio federativo.

Apenas a União pode estabelecer as formas de atuação das suas concessionárias e, portanto, definir os termos dos contratos com elas firmados.

Ao proibir que as empresas de telecomunicações cobrem taxas adicionais para instalação e uso de internet a partir do segundo ponto de acesso, que apenas pode ser fornecido por essas empresas, a lei distrital impõe a uma concessionária federal novas obrigações não antes previstas no contrato por ela firmado com a União.

A Câmara Legislativa do Distrito Federal, em suas informações, argumenta que a "legislação distrital impugnada busca dar efetividade à proteção dos usuários de internet no Distrito Federal, seja em razão da inércia da União, seja em face da competência legislativa concorrente" (fl. 60).

O argumento não procede. O bem primeiro, do consumidor e do cidadão em geral, é que cada ente federado cumpra a Constituição, motivo pelo qual não pode quem não é parte na concessão definir obrigações para as concessionárias, ainda que ao argumento de defesa do consumidor.

Em casos nos quais o Distrito Federal havia legislado em matéria de competência privativa da União ao argumento de que buscava resguardar os direitos de seus consumidores, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Nesse sentido o que decidido na ADI 3.533/DF:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei distrital 3.596. Imposição, às empresas de telefonia fixa que operam no Distrito Federal, de instalação de contadores de pulso em cada ponto de consumo. Violação do art. 22, IV, da Constituição do Brasil.*
>
> 1. A Lei distrital 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa – art. 22, IV, da Constituição do Brasil.
>
> 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital 3.596/2005. [ADI 3.533/DF, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, *DJ* de 6-10-2006.]

Ainda:

> *Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta*. Lei distrital 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI; 22, IV; e 175, parágrafo único, I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha a concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas. [ADI 3.322-MC/DF, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, *DJ* de 19-12-2006.]

6. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional a Lei distrital 4.116/2008.**

EXTRATO DA ATA

ADI 4.083/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Governador do Distrito Federal (Advogado: PGDF – Iran Machado Nascimento). Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Interessado: Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo – IBEDEC/DF (Advogado: Rodrigo Daniel dos Santos).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, julgou procedente a ação direta. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Falou pelo requerente o dr. Flávio Jardim, procurador do Distrito Federal.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 25 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECLAMAÇÃO 7.358 — SP

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Reclamante: Procurador-geral da República — Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5) — Interessado: Reinaldo Ponciano

Reclamação. Ilegitimidade ativa do Ministério Público estadual. Inicial ratificada pelo procurador-geral da República. Afastamento da incidência do art. 127 da LEP por órgão fracionário de tribunal estadual. Violação da Súmula Vinculante 9. Procedência.

1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente reclamação perante esta Corte, já que "incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/1993" (Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, de minha relatoria, *DJE* 59, de 26-3-2009).

2. Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo procurador-geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda.

3. Entendimento original da relatora foi superado, por maioria de votos, para reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Púbico estadual para propor reclamação.

4. No caso em tela, o juiz de direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, reconhecendo a ocorrência de falta grave na conduta do sentenciado, declarou perdidos os dias remidos, nos termos do art. 127 da LEP.

5. Ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa do reeducando, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10 de setembro de 2008, deu provimento ao recurso, para restabelecer os dias remidos.

6. O julgamento do agravo ocorreu em data posterior à edição da Súmula Vinculante 9, como inclusive foi expressamente reconhecido pela Corte local.

7. O fundamento consoante o qual o enunciado da referida súmula não seria vinculante em razão de a data da falta grave ter sido anterior à sua publicação não se mostra correto.

8. Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na imprensa oficial), *data venia,* não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput*, da Constituição

Federal, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação da súmula na imprensa oficial.

9. Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127 da LEP, afrontou a Súmula Vinculante 9.

10. No mérito, reclamação julgada procedente, para cassar o acórdão proferido pela 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restabeleceu os dias remidos do reeducando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação. Prosseguindo o julgamento, no mérito, também acordam, igualmente por maioria, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de fevereiro de 2011 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, fundada no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento do agravo em execução interposto em favor de Reinaldo Ponciano, deu-lhe provimento para restabelecer o direito do executado à remição dos dias trabalhados, cuja perda havia sido decretada em razão de falta grave.

Argumenta o reclamante que o acórdão da Corte local violou frontalmente o enunciado contido na Súmula Vinculante 9.

Observa que, a partir da publicação da súmula vinculante, os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, são obrigados a respeitar o seu teor, evitando-se a multiplicação de ações e recursos.

Requer, ao final, seja acolhida a presente reclamação para o fim de cassar o acórdão da Corte estadual, determinando o julgamento do agravo em conformidade com a Súmula Vinculante 9.

2. Parecer da Procuradoria-Geral da República ratificando a petição inicial, assumindo a iniciativa da demanda e requerendo a procedência da reclamação (fls. 43-48).

3. Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 63-64).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): 1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente reclamação perante esta Corte, já que "incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/1993" (Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, de minha relatoria, *DJE* 59, de 26-3-2009).

Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo procurador-geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda.

2. No caso em tela, o juiz de direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, reconhecendo a ocorrência de falta grave na conduta do sentenciado, declarou perdidos os dias remidos, nos termos do art. 127 da LEP.

3. Ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa do reeducando, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10 de setembro de 2008, deu provimento parcial ao recurso, para restabelecer os dias remidos.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto do relator do agravo em execução penal, desembargador Vico Mañas (fls. 25-32):

> Segundo o apurado, o agravante, em 29-3-2005, fugiu do estabelecimento prisional em que se encontrava, praticando, assim, falta disciplinar de natureza grave.
>
> A Magistrada, reconhecendo o cometimento de infração, determinou a perda dos dias anteriormente remidos pelo sentenciado, com fulcro no art. 127 da LEP, salientando não representar a medida ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada (fl. 22).
>
> Sem razão, contudo.
>
> Obtido pelo agravante o benefício da remição por decisão definitiva, a determinação de perda do direito, parcial ou total, representa manifesta violação ao princípio constitucional que garante a imutabilidade da coisa julgada.
>
> Com efeito, embora o Supremo Tribunal Federal tenha consolidado, na Súmula Vinculante n. 9, entendimento no sentido de que "o disposto no artigo 127 da lei n. 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 artigo 58", tal não pode retroagir para alcançar episódio anterior à sua publicação (20-6-08), sob pena de ofensa à garantia prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal.
>
> (...)
>
> A segurança jurídica, direito fundamental inviolável (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social e que justificou a edição da mencionada súmula, é também o

fundamento que determina a aplicação desta tão somente a fatos posteriores, já que se conferiu ao art. 127 da LEP interpretação mais gravosa ao sentenciado.

(...)

A Súmula Vinculante n. 9 não tem, portanto, o condão de retroagir seus efeitos, pois, se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, do mesmo modo, como visto, veda a incidência daquela a evento pretérito, na medida em que prejudicial ao recluso.

(...)

Logo, no caso em exame, deve continuar prevalecendo o entendimento, reiteradas vezes esposado por esta C. Câmara, de que a perda dos dias remidos só é possível enquanto não transitada em julgado a decisão que concedeu a remição, tendo em conta que inexistia prévio enunciado vinculante a respeito.

(...)

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para manter o direito do agravante à remição eventualmente declarada por sentença definitiva, não alcançado pelo disposto na Súmula Vinculante n. 9, declarando-se a perda somente dos dias remidos não reconhecidos judicialmente por ocasião da prática da falta grave, devendo esta ser desconsiderada como causa de interrupção do prazo para obtenção de benefícios.

4. Dispõe a Súmula Vinculante 9:

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.

5. O julgamento do agravo ocorreu em data posterior à edição da Súmula Vinculante 9, como inclusive foi expressamente reconhecido pela Corte local no voto cujo trecho foi acima transcrito.

O fundamento consoante o qual o enunciado da referida súmula não seria vinculante em razão de a data da falta grave ter sido anterior à sua publicação não se mostra correto.

Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na imprensa oficial), *data venia,* não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput,* da Constituição Federal, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, *a partir da publicação da súmula na imprensa oficial.*

Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127 da LEP, afrontou a Súmula Vinculante 9.

6. Ante o exposto, **defiro** a admissão do sr. procurador-geral da República como autor da demanda e julgo procedente a presente reclamação para cassar o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que restabeleceu os dias remidos do reeducando.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto à matéria de fundo, apenas cabe perquirir se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo se mostrou posterior ao verbete e se, à época da formalização da reclamação, não havia precluído na via da recorribilidade.

Surge um problema seriíssimo, a prevalecer a óptica da ilegitimidade de quem apresentou a reclamação, haveria obstáculo maior ao surgimento, numa ficção jurídica, de uma nova reclamação subscrita pelo procurador-geral da República. Creio que a organicidade do direito, principalmente do direito instrumental, é refratária à alternância. Atuou na origem – e atuou desde o primeiro grau – o Ministério Público do Estado de São Paulo. O custodiado, prejudicado com a decisão do juízo, interpôs recurso para o Tribunal de Justiça. Vindo a ser provido esse recurso, questiona-se: quem seria parte legítima para alçar a controvérsia a esta Corte? O Ministério Público Federal? A meu ver, não, presidente. Teria até mesmo o Ministério Público Federal dificuldade muito grande em acompanhar o julgamento de todos os casos nos Tribunais de Justiça.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, a reclamação é do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Marco Aurélio: É que Sua Excelência a relatora está assentando a ilegitimidade do Ministério Público estadual.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Quis ouvir o procurador-geral da República e Sua Excelência, então, assumiu a autoria da reclamação. Continuo na minha posição já anteriormente manifestada de respeitar estritamente à letra da Constituição: quem tem assento perante o Supremo Tribunal Federal é o procurador-geral da República. O Ministério Público estadual não está privado da sua atuação, ele poderá representar ao procurador-geral e esse certamente encaminhará ao Supremo.

O sr. ministro Marco Aurélio: No ponto é que se faz o questionamento: se assentarmos essa ilegitimidade, poderemos ir ao mérito da reclamação a partir de um parecer que suscita a ilegitimidade? Não, estaríamos impossibilitados de julgar o mérito da reclamação. Por isso entendo, presidente, que, havendo o Ministério Público estadual atuado na primeira instância, na segunda instância, e vislumbrando o desrespeito ao verbete, é parte legítima para chegar ao Supremo via reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu quero ouvir os colegas a propósito, porque, com o devido respeito da eminente relatora, também me parece que não é caso análogo às hipóteses em que o Ministério Público atua aqui. Na verdade, trata-se de recurso originário para o Supremo, assim como outro recurso qualquer. Não se trata de recurso de decisão de ministro, a qual, aí, sim, acho que atrairia a legitimidade exclusiva do procurador-geral da República.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Celso de Mello: **Examina-se**, *em caráter preliminar*, senhor presidente, **se** o Ministério Público **do Estado** de São Paulo **dispõe**, ou não, **de legitimidade ativa** para o ajuizamento de reclamação **perante** o Supremo Tribunal Federal **e que por ele foi promovida**, *na espécie*, com o objetivo **de fazer cumprir** o enunciado constante de súmula vinculante emanada desta Suprema Corte.

Entendo, *na linha* **de anteriores decisões** por mim proferidas (**Rcl 7.246/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO, **v.g**.), que o Ministério Público *estadual* **dispõe**, *ele próprio*, **de legitimidade** para ajuizar reclamação, *em sede originária*, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **quando atua** no desempenho **de suas** prerrogativas institucionais **e no âmbito** de processos cuja natureza **justifique** a sua formal participação, **quer** como órgão agente, **quer** como órgão interveniente.

Não tem sentido, **por implicar** *ofensa manifesta* à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, **exigir-se** que a sua atuação processual se faça **por intermédio** do senhor procurador-geral da República, **que não dispõe** de poder de ingerência **na esfera orgânica** do "*Parquet*" estadual, **pois lhe incumbe**, *unicamente*, por expressa definição constitucional (**CF**, art. 128, § 1º), a chefia do Ministério Público *da União*.

É importante assinalar, **porque** juridicamente relevante, **que o postulado** da unidade institucional (**que também se estende** ao Ministério Público dos Estados-membros) **reveste-se** de natureza constitucional (**CF**, art. 127, § 1º), **a significar** que o Ministério Público *estadual* **não é** representado – *muito menos chefiado* – pelo senhor procurador-geral da República, **eis que é plena** a autonomia do "*Parquet*" local **em face** do eminente chefe do Ministério Público *da União*.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público *dos Estados-membros* **não está** vinculado **nem** subordinado, **no plano** processual, administrativo **e/ou** institucional, à chefia do Ministério Público da União, **o que lhe confere** *ampla possibilidade* de postular, *autonomamente*, **em sede** de reclamação, **perante** o Supremo Tribunal Federal.

Não é por outra razão **que esta** Corte, **tratando-se** do Ministério Público *do Trabalho* – órgão **que integra** o Ministério Público *da União* –, **tem-lhe recusado** qualidade para agir em sede de reclamação, **pelo relevante motivo** de a representação institucional do Ministério Público **da União** caber, *com exclusividade*, ao procurador-geral da República (**Rcl 4.091-AgR/GO**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Rcl 4.592-AgR/TO**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Rcl 5.255-AgR/GO**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Rcl 5.381-ED/AM**, rel. min. AYRES BRITTO – **Rcl 5.543-AgR/GO**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Rcl 5.674-AgR/MG**, rel. min. EROS GRAU – **Rcl 5.793-AgR/AM**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Rcl 5.958-AgR/PI**, rel. min. EROS GRAU, **v.g**.).

Inquestionável, desse modo, **a plena** legitimação ativa "*ad causam*" do Ministério Público **do Estado** de São Paulo **para ajuizar**, perante esta Corte Suprema, **a presente** reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até vou mais longe. Nem invoco a unidade do Ministério Público Federal, acho que, em relação ao Ministério Público Federal, também o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, pode interpor o recurso de decisão de tribunal local.

O sr. ministro Celso de Mello: Refiro-me, *especificamente*, à reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas foi o que sucedeu aqui. Na verdade, o que o Ministério Público estadual fez? Interpôs, perante o Supremo, um remédio jurídico previsto na Constituição, porque aí não está atuando perante o Supremo Tribunal Federal; quem atua perante o Supremo Tribunal Federal é o procurador-geral, quando agora opina sobre o remédio jurídico proposto na instância de origem. O que não me pareceria possível, porque aí, sim, usurparia as funções do procurador-geral, seria, por exemplo, se tivesse havido decisão de algum ministro, e o Ministério Público estadual, sob pretexto de ser parte lá da causa originária, interpusesse, dentro do Supremo Tribunal Federal, recurso contra a decisão do ministro. Aí, sim, estaria atuando perante o Supremo.

O sr. ministro Celso de Mello: **Também reconheço** a legitimação do Ministério Público estadual para recorrer, **no** Supremo Tribunal Federal, **contra** decisões de seus relatores que, *por exemplo*, **neguem** trânsito **a uma dada** reclamação **aqui ajuizada** pelo próprio "*Parquet*" local.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência ainda vai mais longe do que eu.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não vejo** razão alguma **para restringir** a atuação processual do Ministério Público dos Estados-membros **no** Supremo Tribunal Federal.

Entendo **assistir** ao "*Parquet*" local **plena** legitimação para impetrar, *p. ex.*, mandado de segurança, em sede originária, perante esta Suprema Corte, **naqueles casos** em que o remédio constitucional objetive **preservar** prerrogativas **inerentes** a essa instituição, **quando** lesadas **ou** ameaçadas de lesão por **qualquer** das autoridades cujos atos estejam sujeitos, em sede mandamental, à competência originária desta Corte (**CF**, art. 102, I, "*d*").

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito, não chego tão longe, mas parece que está claro que o fato de o Ministério Público ter interposto a reclamação na origem não significa que esteja atuando perante a Corte – atuar perante o Supremo Tribunal Federal, como a lei põe como pressuposto da exclusividade ou da legitimidade exclusiva do procurador-geral da República, suponho que é atuar no âmbito "do". A interposição de qualquer recurso na origem não significa atuação perante a Corte, a meu ver, com o devido respeito.

O sr. ministro Celso de Mello: **Insisto** em minha observação, senhor presidente: **não podemos** estabelecer uma **incompreensível** *hermenêutica de submissão*,

que faça depender a atuação processual do Ministério Público **dos Estados-membros**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **da vontade** do eminente procurador-geral da República, que, *não obstante* a sua elevada condição de chefe do Ministério Público *da União*, **não tem** poder algum sobre o "*Parquet*" **estadual**.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É, mas, nesse caso, parece que é coisa simples.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Nessas situações singulares, eu concordaria perfeitamente com o ministro Celso. Foi o caso do procurador-geral do Amapá, que veio em defesa de prerrogativas próprias da instituição, no âmbito estadual, eventualmente em choque, até poderia ocorrer. Mas, nesta hipótese dos autos, com a devida vênia do ministro Celso, do ministro presidente e também do ministro Marco Aurélio, entendo que alargar a legitimação ativa corresponde a uma atitude praticamente suicida desta Corte, fazendo com que acorram um sem-número de pedidos que não vão passar pelo crivo da Procuradoria-Geral. Vejo como perfeitamente possível que os promotores estaduais encaminhem as suas representações à Procuradoria-Geral, onde haverá necessariamente uma triagem, para que se verifique o que efetivamente pode ser objeto de reclamação, e não fiquemos nós aqui na Suprema Corte, exatamente na contramão do que ocorre em todos os países do mundo, onde a legitimação para atuar perante a Suprema Corte é extremamente restrita. Ao contrário do que fazemos nós, que cada vez abrimos mais as portas. Mas, respeito profundamente a posição externada por Vossa Excelência.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu ponderaria a Vossa Excelência, se me permite: do ponto de vista do *locus* de atuação, o que se passou no caso é o mesmo que se passa quando o Ministério Público, de uma decisão que o comporte, interpõe recurso extraordinário para o Supremo. É a mesma coisa, não há alteração.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A reclamação é proposta diretamente ao Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Em ambos os casos, o *locus* de atuação é o mesmo. Se imaginarmos que, pelo fato de o Ministério Público interpor o remédio jurídico direto para o Supremo Tribunal Federal contra outra decisão que não é do Supremo, pudesse representar a atuação perante a Corte, então o Ministério Público estadual jamais poderia ter legitimidade para interpor recursos extraordinários, recursos ordinários em mandado de segurança etc., coisa que o Ministério Público estadual e os Ministérios Públicos federais de nível inferior podem fazê-lo; isso é o que me parece.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A reclamação é medida autônoma, presidente, ela é interposta aqui, sim, não é o mesmo *locus*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas é como se fosse recurso. Costumo dizer que a estrutura da pretensão que é dirigida ao Supremo Tribunal é a mesma, não se altera.

O sr. ministro Celso de Mello: Compreendo as razões expostas pela eminente ministra ELLEN GRACIE, embora considere preocupante a fórmula

hermenêutica que, *se prevalecer*, importará em virtual degradação institucional do Ministério Público dos Estados-membros, no que concerne à sua atuação processual **nesta** Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Senti a preocupação de Sua Excelência.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Essa burocratização pode levar ao seguinte desfecho: quando o procurador-geral da República vier a deliberar, já terá transitado em julgado a decisão de origem.

E há um detalhe, presidente, que é pernicioso nesse caso: se assentarmos que não há a condição para a reclamação, qual será a proclamação quanto ao fundo? Nenhuma, porque não poderemos ir ao mérito.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Foi ratificada, ministro Marco Aurélio, expressamente ratificada pelo procurador-geral.

O sr. ministro Marco Aurélio: A não ser que abandonemos as regras instrumentais estabelecidas e que revelam segurança.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito, acho que a douta Procuradoria agiu com excesso de escrúpulo.

Mas, em todo caso, vamos ouvir os outros votos, também.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, com a devida vênia de Vossa Excelência, do ministro Celso de Mello e do ministro Marco Aurélio, acompanho a eminente ministra Ellen Gracie.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ainda bem que Vossa Excelência não diverge apenas de mim!

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu também entendo que essa legitimação para atuar, em nome do Ministério Público, na Corte, é do procurador-geral da República. É evidente que há situações, como as que o ministro Celso citou, nas quais pode haver conflitos entre as instituições. O Ministério Público estadual com o Ministério Público Federal, ou, como Vossa Excelência citou, no caso do Conselho Nacional do Ministério Público, e vem aqui a instituição estadual com mandado de segurança contra o Conselho. Mas, nesse caso, entendo que quem vai representar judicialmente o Ministério Público estadual será a respectiva advocacia estadual, ou seja, a Procuradoria do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: A Advocacia de Estado, não obstante o seu alto relevo, **não** pode **nem** deve representar, em sede processual, o Ministério Público, **pois** essa incumbência pertence, *com exclusividade*, aos próprios membros e órgãos **que compõem** a estrutura do "*Parquet*", *sob pena* de restarem *gravemente* comprometidos valores essenciais ao funcionamento dessa instituição

da República: a sua independência orgânica e a liberdade funcional de seus representantes.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele tem legitimidade para propor em nome próprio, mas a representação judicial quem faz é a Advocacia do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: Quem fala pelo Ministério Público **são os seus próprios** órgãos e agentes, cuja atuação institucional, em juízo **ou** fora dele, **não se faz** por intermédio da Advocacia de Estado...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até porque o interesse da instituição é diferente do interesse do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: É verdade! *Nem sempre* há coincidência **entre** os direitos **e** interesses **protegidos** pelo Ministério Público **e** aqueles cuja tutela é promovida pelo Estado, *notadamente* se considerarmos *o rol* das funções institucionais **inerentes** ao "*Parquet*", tal como se acham elas delineadas no art. 129 da Constituição da República. *Muitas vezes*, os interesses e direitos em questão colocam o Ministério Público e o Estado (e respectivos órgãos e autoridades) *em posições contrastantes*.

O sr. ministro Dias Toffoli: A própria Procuradoria-Geral da República se socorre da Advocacia-Geral da União para entrar com suspensão de liminar junto ao Supremo Tribunal Federal em matéria de concurso público, por exemplo.

À época em que estive à frente da Advocacia-Geral da União, subscrevi algumas dessas suspensões, alguns mandados de segurança exatamente nesse sentido. A Procuradoria-Geral da República provocava a Advocacia-Geral da União para fins de, judicialmente, tratar de sua demanda junto às Cortes.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas é que são matérias para as quais não tem legitimação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, são distintas dessas. Fiz essa colocação *a latere* porque o ministro Celso citou o caso de um recurso contra uma decisão do Conselho, mas o que importa, neste caso, é quando o Ministério Público atua – a matéria de fundo é exatamente essa – nas suas competências específicas, nas suas competências restritas.

Nesse sentido, entendo que, sim, as Procuradorias de Justiça, os Ministérios Públicos estaduais devem encaminhar à Procuradoria-Geral da República, ao Ministério Público da União, ao procurador-geral da República a sua demanda, para que esses a ratifiquem ou não, para que ela tenha seguimento na Corte.

Sendo a reclamação uma ação própria, uma ação que tem a sua competência originária no Supremo Tribunal Federal, entendo, pela leitura da Constituição e em virtude das competências atribuídas na Constituição ao Ministério Público, que só o procurador-geral da República tem essa competência de propor, por parte do Ministério Público nacional, a ação de reclamação perante esta Corte. É evidente que ele pode ratificar aquelas que lhe forem encaminhadas pelos ministérios públicos estaduais.

Por essas razões, acompanho a eminente ministra Ellen Gracie.

DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu faria mais uma ponderação. Acho que o que está em jogo aqui é o seguinte princípio: tem ou não tem o Ministério Público estadual legitimidade para usar dos remédios jurídicos que constam do ordenamento para impugnar decisões dos tribunais locais?

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Dentro dos autos, sim, ministro. Aí, eu concordaria com Vossa Excelência. Mas a reclamação é instrumento autônomo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, dentro dos autos. Na verdade está impugnando uma decisão.

O sr. ministro Dias Toffoli: É uma ação constitucional originária.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É que o sistema jurídico deu um instrumento mais – vamos dizer – ágil e mais vigoroso para impugnar certas decisões, como a reclamação, mas esta não deixa de ser um dos remédios possíveis para impugnar decisões dos tribunais locais. Foi isso que o Ministério Público fez. Ele se insurgiu contra um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. É isso.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Para ingressar com qualquer pedido originário perante esta Casa – como é essa reclamação, é um pedido originário – há que estar listado entre aqueles que têm legitimidade para atuar perante a Casa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Depende do pedido originário. Isso é que me parece.

O sr. ministro Celso de Mello: A posição sustentada pela eminente relatora estabelece, a meu juízo, *um inconveniente* (**para não dizer** *inaceitável*) vínculo de dependência do Ministério Público dos Estados-membros **em relação** ao senhor procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Subordinando-se ao Ministério Público Federal, isto, sim.

O sr. ministro Celso de Mello: Uma subordinação **absolutamente incompatível** com o texto da Constituição!

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mas Vossa Excelência imagina que o procurador-geral da República seja contrário à obediência às súmulas vinculantes?

O sr. ministro Celso de Mello: Claro que não!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Uma certa mutilação do exercício das funções.

O sr. ministro Celso de Mello: **É essencial** que haja cooperação, *em regime de absoluta paridade*, **entre** o Ministério Público dos Estados-membros **e** o Ministério Público da União. O que **não** se mostra constitucionalmente possível, *no entanto*, **é pretender hierarquizar** os vínculos entre ambas as instituições, **ainda** mais quando se busca implantar, no plano processual, *verdadeiro controle*

hegemônico destinado a submeter, *sem razão legítima*, o "*Parquet*" local à vontade da chefia do Ministério Público da União.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A cooperação entre órgãos, considerada a unicidade do Ministério Público, ministro Celso de Mello: Vossa Excelência sabe mais do que eu e foi também integrante do Ministério Público, como eu fui. Mas eu considero que o que aqui prevalece é o princípio da unicidade do Ministério Público. Não vejo nenhuma relação de dependência no fato de um promotor fazer subir ao procurador-geral a sua manifestação quanto ao descumprimento de uma súmula vinculante, nem imagino sequer a possibilidade de que venha o procurador-geral a optar por não encaminhar um tal pedido.

O sr. ministro Celso de Mello: **Tenho para mim**, *com todo respeito*, **que essa percepção** do tema, ora revelada pela eminente relatora, **concernente** às relações **entre** o Ministério Público dos Estados-membros **e** o Ministério Público da União, **traduz** uma visão que se aproxima da concepção de Estado unitário, inconciliável, *por isso mesmo*, com a ideia que anima o modelo de Estado Federal consagrado em nossa Lei Fundamental.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Este é caso em que isso poderia se dar, porque há discussão sobre a anterioridade, ou não, do fato. A Procuradoria poderia entender que não era o caso.

O sr. ministro Celso de Mello: Precisamente.

O sr. ministro Ayres Britto: Não é só publicação, é publicação na imprensa oficial. Não é publicação em sessão, por exemplo.

O sr. ministro Celso de Mello: **Exatamente**. A eficácia da súmula vinculante, **enquanto** pauta *subordinante* de julgamentos **e** de comportamentos administrativos, **só se produz** "*a partir de sua publicação na imprensa oficial*" (**CF**, art. 103-A, "*caput*").

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se Vossa Excelência me permite, quero retomar aquele outro aspecto da legitimidade. Eu não diria que sou ousado no raciocínio, e não quero sequer pôr em crise a orientação do Supremo de que só o procurador-geral da República pode funcionar perante esta Corte. Não quero pôr em dúvida agora essa orientação, mas quero chamar a atenção para algumas coisas que me parecem relevantes e que, às vezes, são deixadas de lado.

Primeiro, essa orientação da Corte é baseada no art. 46 da Lei Complementar 75/1993. Esta lei complementar é lei orgânica do Ministério Público da União. A Seção II é aberta com o seguinte título – onde está situado o 46: "Da Chefia do Ministério Público Federal". Noutras palavras, regula as funções do procurador-geral do Ministério Público como chefe do Ministério Público Federal. Não regula nada a respeito de procuradorias, de Ministério Público estadual.

O art. 45 reza – é o artigo que abre a seção:

> Art. 45. *O Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público Federal*.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Qual é a lei, presidente?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Lei Complementar 75/1993.

Art. 46, que gerou esta orientação do Supremo:

> Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.

E aí diz assim:

> Parágrafo único. O Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal:
> I – a ação direta (...);
> II – a representação (...);
> III – as ações cíveis e penais cabíveis.

"Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público". A pergunta é: Que funções e de que Ministério Público? Evidentemente, as funções típicas do Ministério Público. Propor reclamação não é função típica do Ministério Público, é função de todo aquele que se sente agravado por ofensa a súmula vinculante. Isto não é típico e exclusivo do Ministério Público.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Vossa Excelência então abre a legitimidade para todos os defensores públicos de todos os Estados, que também não são subordinados ao defensor público-geral da União.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Isto é, o procurador-geral da República não pode exercer nenhuma função que seja de Defensoria Pública.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Peluso, Vossa Excelência me permite? Acontece que a Constituição, quando cuidou da habilitação processual ativa em matéria de controle objetivo de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, por se tratar de um procedimento *per saltum,* ou uma via de atalho que possibilita desembocar diretamente aqui, no Supremo, só habilitou o procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas isto ele excluiu textualmente, no âmbito do universo dos legitimados, todos os demais, inclusive os procuradores do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Marco Aurélio: É uma norma especial.

O sr. ministro Ayres Britto: E a reclamação é *per saltum,* é uma via de atalho, vem direto para cá.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não. Ministro, não é porque é *per saltum*, é porque a Constituição foi expressa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas é um processo subjetivo, Excelência.

O sr. ministro Ayres Britto: O Supremo é instância única e última em matéria de reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas quero continuar o raciocínio, ministro. Estou lendo aqui.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): E está classificada como um dos nossos processos originários, presidente. A reclamação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Reclamação é processo originário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há um detalhe: o que temos feito nos casos de conflito de atribuições? Admitimos o acesso pelo Ministério Público estadual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): De outro modo é impossível.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mas, às situações excepcionais, soluções excepcionais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Estou com dois precedentes, sendo um da minha lavra em que é autor o Ministério Público do Estado de São Paulo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra, do contrário, como seria possível imaginar que conflito de competência com o Ministério Público Federal chegue aqui? Não pode.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição dá resposta a isso. Sem dúvida.

O sr. ministro Marco Aurélio: Em outro precedente, presidente – apenas para terminar –, envolvendo o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado de São Paulo, do qual foi relatora a ministra Ellen Gracie, admitimos a legitimidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas tem que admitir, porque, de outro modo, não chega aqui.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Exatamente nessa hipótese eram conflitantes os interesses, então era preciso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não nesses dois casos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Porque pode acontecer, ministra.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nesse caso, sob a relatoria de Vossa Excelência não, porque estava envolvido o Ministério Público do Rio de Janeiro e o de São Paulo.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição prima pela sua coerência.

O sr. ministro Celso de Mello: Sem dúvida!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Claro.

O sr. ministro Celso de Mello: Nós não podemos suprimir a possibilidade de acesso do Ministério Público dos Estados-membros ao Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A menos que a Constituição o exclua, como o excluiu nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Voltaremos ao monopólio, sob outro ângulo, que havia antes da Carta de 1988. Digo, Presidente, que toda concentração é perniciosa.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição não é antinômica na matéria. Ela prima pela sua coerência. Vejam que a Constituição, ao cuidar do Ministério Público, claro que diz que são dois os Ministérios Públicos. O Ministério Público é binário ou dual: o Ministério Público da União, de uma parte, e o Ministério Público dos Estados. Mas a Constituição contém dispositivos, preceitos, disposições comuns aos dois Ministérios Públicos, às duas espécies de Ministérios Públicos. Uma dessas disposições comuns é a da unidade. E a unidade aí é processual. Não é unidade orgânica, evidentemente.

O sr. ministro Celso de Mello: Eis, *aí*, um princípio institucional...

O sr. ministro Ayres Britto: É pois o princípio institucional da unidade processual. Essa unidade é processual. Quando o procurador-geral da República atua em matéria de reclamação diretamente aqui, o faz em nome do Ministério Público como unidade processual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Onde? Na reclamação?

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, na reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, se levarmos às últimas consequências essa tese, estaremos reconhecendo que os Ministérios Públicos estaduais são menos importantes do que qualquer pessoa.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, não há hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é problema de hierarquia, é problema de tratamento.

O sr. ministro Ayres Britto: Não há hierarquia nenhuma. A unidade faz desaparecer a hierarquia. A unidade processual desfaz a ideia de hierarquia entre os dois.

O sr. ministro Celso de Mello: **O réu**, no processo penal, **pode** ajuizar, *originariamente*, **perante** o Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional da reclamação; **não**, *porém*, o Ministério Público **estadual**, caso prevaleça *essa hermenêutica restritiva* **que lhe nega**, *sem razão*, **qualidade** para deduzir pretensão reclamatória perante esta Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Qualquer pessoa pode reclamar diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, exceto o Ministério Público estadual! Por quê?

O sr. ministro Celso de Mello: **Nisso reside a inconsistência** da visão **que exclui**, *em tema de reclamação*, **o acesso** do Ministério Público dos Estados-membros à jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O Ministério Público não pode. Olha que diferença de tratamento dentro da mesma causa. Isto é, o réu pode vir diretamente ao Supremo Tribunal Federal; o Ministério Público, que atua na causa no outro polo, não pode? E a paridade de armas onde fica?

O sr. ministro Dias Toffoli: Presidente, ele pode vir, de acordo com o art. 127 da Constituição – princípio da unidade – por intermédio do procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se o procurador não quiser, não virá.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não** se pode invocar o postulado da unidade, **consagrado** no art. 127, § 1º, da Constituição da República, **para justificar**, *em detrimento* do Ministério Público estadual, um (*inexistente*) poder de representação que se está pretendendo atribuir ao eminente procurador-geral da República, **que ostenta** a condição de chefe do Ministério Público *da União* (**CF**, art. 128, § 1º). **E da União**, *apenas*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministério Público Federal, da União.

O sr. ministro Ayres Britto: Quanto a isso, não há dúvida. Não há hierarquia entre os dois Ministérios, absolutamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele não chefia o Ministério Público estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu estou entendendo que o princípio da unidade processual supera essa questão da hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que supera?

O sr. ministro Ayres Britto: A unidade processual.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não há** relação hierárquica, no plano institucional, **entre** o Ministério Público da União **e** o Ministério Público dos Estados-membros.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso é fundamental na instituição, ministro, distinguir. Imagine o procurador-geral intervindo na Procuradoria estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Claro que não há relação hierárquica. Jamais eu diria isso. Não há hierarquia entre as duas categorias de Ministérios Públicos. Isso é fora de qualquer dúvida.

O sr. ministro Celso de Mello: **E não pode haver** essa pretendida relação de dependência processual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. O Ministério Público estadual vai ficar na dependência do que entenda o Ministério Público Federal. Isso parece pouco compatível – entre outros princípios, por exemplo – com a paridade de armas. Parece que estamos retirando do Ministério Público estadual uma legitimidade que é essencial para o exercício das funções dele, Ministério Público estadual, as quais não são exercidas pelo Ministério Público Federal. O Ministério Público Federal, por exemplo, não pode propor ação penal perante os Estados, salvo nas competências típicas do Ministério Público Federal.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): E por isso mesmo o Ministério Público estadual não pode estar perante o Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Dias Toffoli: Nós somos um tribunal da União, da Federação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ora, na medida em que damos interpretação de que o Ministério Público estadual, em causa onde tem legitimidade para atuar, está mutilado no exercício das suas funções, nós retiramos do Ministério Público um instrumento absolutamente indispensável para o exercício da função dele.

Noutras palavras, o que ele está fazendo neste caso? Ele quer que, na execução penal, seja observado o princípio de ele, Ministério Público estadual, ter competência para atuar nesse caso. Se nós retiramos dele a possibilidade de exercer a sua função ali, porque não pode entrar com reclamação, ele não vai poder fiscalizar, segundo a sua competência, a execução penal, porque, para fazê-lo, vai ter que pedir autorização ao Ministério Público Federal para saber se o procurador-geral da República irá entrar, ou não, com reclamação.

Além de burocratizar tudo, retirar da reclamação a sua rapidez, de ter que oficiar para o Ministério Público Federal, de encaminhar peças esclarecidas para que o Ministério Público Federal, o procurador examine e, se concordar com a tese, aí entre com a reclamação ou não. Enquanto isso, as execuções penais, só para ficar neste ponto, estarão prosseguindo sem medida imediata.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, quantas súmulas vinculantes nós já temos publicadas?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mais de vinte.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Trinta e tantas.

O sr. ministro Ayres Britto: O tema é instigante. O que me impressiona em prol da tese da ministra Ellen, em linha de princípio, é que, quando a Constituição cuidou da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ela o fez habilitando, exclusivamente, um ramo, o chefe de um dos ramos do Ministério Público.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Assim como retirou de todo cidadão o poder de fazer isso. Não deu para todo o mundo. Todo cidadão tem o direito de ajuizar reclamação, mas nem todo cidadão tem legitimidade para entrar com ação direta.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quando a Constituição quis restringir, ela restringiu. Agora, criar, para chegada ao Supremo, uma corrida de revezamento imprópria é passo muito largo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a nossa preocupação maior tem que ser fortalecer os poderes dos Ministérios Públicos estaduais, não o contrário; não reduzir esses poderes, nem atá-los ao arbítrio, no bom sentido, do procurador-geral da República. Ele tem bom senso e qualificação jurídica. Mas o problema é a tese, não as pessoas.

O sr. ministro Celso de Mello: O princípio **da unidade** do Ministério Público **não pode** ser invocado para suprimir a autonomia institucional do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas é claro. Eu apenas estou dizendo que essa ideia de unidade supera a questão da hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nós estamos retirando uma legitimidade, que qualquer pessoa tem, do Ministério Público. Qualquer pessoa tem essa legitimidade, menos o Ministério Público?

O sr. ministro Ayres Britto: É preciso atentar para o fato de que a Constituição – volto a dizer –, em matéria de Ministério Público, contém três categorias de disposições.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a Constituição não diz nada diretamente sobre a legitimidade para a reclamação.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas há argumentos ponderáveis de parte a parte. Se os ministros que me antecedem – vou dizer uma palavra que já usei com a ministra Cármen Lúcia – não se abespinham, eu vou pedir vista.

Eu faço um reestudo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência vai pedir vista, mas eu queria só terminar meu raciocínio como um subsídio para Vossa Excelência raciocinar e me contestar, porque provavelmente o fará com grande brilho. Mas é o seguinte: essa orientação de que só o Ministério Público pode atuar, só o procurador-geral da República pode atuar perante o Supremo está disciplinada naquela lei complementar, em capítulo onde só cuida do Ministério Público da União. Só. Não há nada mais nesse capítulo, eu posso repetir aqui e Vossa Excelência vai ver: disciplina as funções do Ministério Público Federal junto aos Tribunais Superiores, etc. Um pouco mais adiante: representar o Ministério Público Federal: Procuradoria-Geral da República, etc., chefia de procuradoria.

Noutras palavras, esse capítulo inteirinho, ou melhor, essa seção inteirinha da Lei 75 cuida de disciplinar o Ministério Público da União, e esse art. 46 é específico do mesmo capítulo. Portanto, estatui que incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público Federal perante o Supremo Tribunal Federal; não as funções de qualquer Ministério Público, porque, se fosse de qualquer Ministério Público, não estaria nesse capítulo, que é da chefia do Ministério Público Federal.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso Vossa Excelência sempre argumenta muito bem, mas eu não retiro daí a habilitação do Ministério Público para atuar *per saltum* junto ao Supremo; retiro diretamente da Constituição. Nem levo em consideração essa lei complementar.

O sr. ministro Celso de Mello: **A possibilidade** de o Ministério Público local **ajuizar**, originariamente, **perante** esta Suprema Corte, **o remédio jurídico** da reclamação **deriva** de fonte constitucional. **A recusa**, ao "*Parquet*" dos Estados-membros, dessa qualidade para agir **implicaria** injusta frustração dos altos objetivos **que animam** a atividade, em juízo **ou** fora dele, do Ministério

Público estadual. **Para que se viabilizem** as funções institucionais do Ministério Público *dos Estados-membros*, **impõe-se** que se lhe reconheçam os meios, **inclusive** os de ordem processual, **que legitimem** a sua atuação perante **qualquer** instância de poder.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Muito relevante. Exatamente. Essa ponderação trazida pelo ministro Celso é realmente muito interessante, é o fundamento do Tribunal local. Eu pediria a Vossa Excelência que, então, ao proclamar a decisão parcial de hoje, esclarecesse a repartição das matérias. Primeiro, quanto à definição da legitimidade ativa para a qual eu já manifesto a legitimidade exclusiva do procurador-geral da República.

Quanto à segunda parte, aguardo o retorno do voto-vista do ministro Carlos Britto para também refletir na linha do que foi hoje ponderado pelo ministro Celso, qual seja, a impossibilidade de nós fazermos retroagir uma norma penal mais gravosa.

O sr. ministro Ayres Britto: É. O ministro Celso tem toda razão. É uma oportunidade que nós temos para focar, analiticamente, essa questão.

O sr. ministro Celso de Mello: **O tema** ora em exame **assume** indiscutível relevo jurídico-constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Peluso, eu também confesso que, na base do meu pedido, está uma perplexidade minha do ponto de vista teórico. Eu nunca, jamais, consegui separar com segurança, para mim mesmo, o princípio da unidade do Ministério Público do princípio da indivisibilidade. Isso são palavras expressas da Constituição.

Diante da provocação de Vossas Excelências, eu vou tentar fazer essa distinção conceitual nesse meu pedido de vista.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu, disciplinadamente, aguardei minha oportunidade de intervir no debate, mas apenas a título de contribuição ao eminente ministro Ayres Britto, tal como ele fez na parte antecedente desta sessão, quando pedi vista, ousaria ponderar a Sua Excelência que examinasse a questão, não apenas sob a ótica do princípio da unidade do Ministério Público, mas também sob a perspectiva do princípio federativo, que é um dos princípios fundantes do Estado brasileiro.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E examinar exatamente a autonomia institucional, como fala o ministro Celso de Mello, do Ministério Público local, à luz desse princípio fundante.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu sempre proclamei essa autonomia, com toda a ênfase.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Esse é o primeiro aspecto.

O outro aspecto que me chamou a atenção e que foi evidenciado, entre outros, pelo eminente ministro Cezar Peluso, é que neste caso o Ministério

Público estadual atua como parte no agravo em execução, e lançou mão de um remédio expedito para fazer valer uma decisão do Supremo Tribunal Federal útil ao processo em que ele era parte. Quer dizer, são questões que precisam ser, *data venia*, muito bem sopesadas, como foram de fato por todos os ministros, mas eu apenas trago essa modestíssima contribuição a Vossa Excelência para que possa também refletir.

O sr. ministro Ayres Britto: Valiosa contribuição.

EXTRATO DA ATA

Rcl 7.358/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Reclamante: Procurador-geral da República. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5). Interessado: Reinaldo Ponciano (Procurador: Defensor público-geral do Estado de São Paulo).

Decisão: Após os votos da ministra Ellen Gracie (relatora) e do ministro Dias Toffoli, que reconheciam a legitimidade ativa exclusiva do procurador-geral da República, e os votos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que reconheciam a legitimidade ativa do Ministério Público estadual, pediu vista dos autos o ministro Ayres Britto. Falou, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República. Ausentes, justificadamente, os ministros Gilmar Mendes (presidente) e Eros Grau e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso (vice-presidente).

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

Brasília, 25 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Trata-se de reclamação constitucional, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Reclamação contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que restabeleceu o direito do presidiário Reinaldo Luciano à remição dos dias trabalhados em estabelecimento penal. Acórdão, a seu turno, alegadamente prolatado em rota de colisão com a Súmula Vinculante 9, deste nosso STF, assim vernacularmente posta:

> 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.

2. Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre dois específicos temas: a) a legitimidade do Ministério Público estadual para ajuizar reclamações perante

este Supremo Tribunal; b) o significado técnico dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público enquanto instituição ou aparelho de Estado.

3. Quanto ao primeiro dos temas, a ilegitimidade do Ministério Público estadual para ajuizar reclamação junto a este STF já foi reconhecida quando do julgamento da Rcl 4.453. Mas, no presente caso, a ministra Ellen Gracie deu pela habilitação processual do *Parquet* estadual, contanto que ratificada a ação constitucional pelo procurador-geral da República. No que Sua Excelência foi parcialmente contraditada pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sob os seguintes fundamentos: a) o Ministério Público estadual atuou na qualidade de interessado, não podendo, por isso mesmo, ficar inferiorizado em face dos particulares que, também na condição de interessados processuais, podem fazer uso da reclamação; b) a concentração, no procurador-geral da República, da legitimidade ativa para a reclamação junto ao STF mutila ou amesquinha as funções constitucionais do Ministério Público estadual; c) o art. 46 da Lei Complementar 75/1993 regula tão somente as funções do procurador-geral da República enquanto chefe do Ministério Público Federal; vale dizer, nada tem a ver com a estruturação e funcionamento do Ministério Público estadual; d) a questão é de ser examinada sob a perspectiva do princípio federativo, de sorte a prestigiar o Ministério Público como um todo. Não apenas o da União.

4. Pois bem, tenho que a nossa Constituição Federal habilita, sim, o Ministério Público dos Estados para ajuizar reclamação perante o STF. E o faz por virtude ou força própria dele, Ministério Público estadual, e não pela participação ratificadora do procurador-geral da República. É que, na matéria, é do meu pensar que a Magna Carta Federal primou pela montagem do seguinte esquema de proposições normativas:

I – estruturou o Ministério Público sob a forma de instituição-gênero, compartimentada em duas espécies: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados (incisos I e II do art. 128); este último unitariamente concebido e, aquele, subdividido em ramos. A cada tipo de Ministério Público correspondendo uma lei complementar de matriz parlamentar diversificada, devido à natureza federal daquela que dispõe sobre a estruturação do Ministério Público da União, em paralelo com a natureza estadual da lei que dispõe sobre a segunda espécie de Ministério Público.

II – comunicou ou estendeu às duas espécies de Ministério Público os mesmos traços da permanência, da sua essencialidade em face da função jurisdicional do Estado, assim como da submissão aos princípios da unidade, indivisibilidade e independência, além da autonomia funcional e administrativa (*caput* do art. 127, mais os §§ 1º e 2º desse artigo). Sendo que: a) o princípio da unidade é de caráter preponderantemente orgânico-administrativo, por se referir a uma única chefia no âmbito de cada tipo de Ministério Público (§§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 129 da CF), um gozando de independência perante o outro e frente a qualquer dos poderes estatais (o mesmo acontecendo com a autonomia administrativa e funcional); b) o princípio da indivisibilidade, a seu turno, revestindo-se de natureza

preponderantemente operativo-jurisdicional, por se reportar imediatamente ao modo de atuação judicial de qualquer das duas tipologias de Ministério Público. Princípio da indivisibilidade, esse, que traz para a dinâmica ministerial pública o traço da impessoalidade, no sentido de que, seja qual for o agente público que esteja oficiando nesse ou naquele processo, quem se faz juridicamente presente é o Ministério Público. O agente a *presentar* a instituição, em qualquer das duas espécies de Ministério Público sob concreta atividade. O agente, enfim, a não açambarcar jamais a instituição, pois o que importa é ela mesma como positivação da ideia-força de um órgão estatal tão substante em si mesmo que nem faz parte de qualquer dos três poderes republicanos (o vínculo jurídico do Ministério Público é diretamente com a pessoa da União, ou dos Estados, conforme o caso). Donde se poder falar, metaforicamente, que o Ministério Público é um braço da sociedade civil no corpo jurídico do Estado. O que não impede, óbvio, que numa instância jurisdicional mais acima ou *ad quem* o Ministério Público da União atue como protagonista de um processo estadual em sua origem, notadamente como *custos juris* ou fiscal da correta aplicação do ordenamento jurídico (a clássica função do *custos legis*, numa linguagem mais tradicional);

III – erigiu toda a ordem jurídica, na clara acepção de sistema de direito positivo ou ordenamento jurídico, como a primeira das finalidades do Ministério Público, quer o pertencente à União, quer o situado na esfera institucional de cada Estado-membro. Defesa do ordenamento jurídico positivo que, ao lado da defesa do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (*caput* do art. 127), é densificada pelo extenso rol de competências do art. 129, resultando claro que: a) tais competências, a serviço que se acham da concretização da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, não são privativas do Ministério Público da União, pois alcançam, por igual, o Ministério Público de cada Estado-membro; b) passa pelo ajuizamento de ações, recursos e pareceres na instância judicante que rigorosamente corresponda à incidência da garantia do *promotor natural* (êmulo que é da garantia constitucional do juiz natural). Saltando à inteligência que a reclamação constitucional se inscreve no rol desses mecanismos da protagonização judicial de qualquer das duas modalidades de Ministério Público. Nada importando que ela, reclamação, tenha no STF o seu único *locus* de aforamento, pois o que realmente conta, agora, sim, é a serventia jurídico-positiva do instituto. Serventia que, em última análise, se volta para o alcance daquele objetivo da defesa da ordem jurídica. Mais precisamente, na medida em que se destina à preservação da competência do Supremo, ou à garantia da autoridade das decisões dessa pinacular instância judicante, a reclamação se revela como ferramenta processual reflexa, oblíqua ou indireta de defesa do próprio sistema de direito positivo ("ordem" ou "ordenamento jurídico", já o dissemos). Defesa que é a primeira das finalidades institucionais do Ministério Público enquanto gênero. A menos que se cometa o erro técnico de afirmar que não há vínculo funcional entre as hipóteses de incidência da reclamação e a higidez do ordenamento jurídico. Esquecendo-se de que, se compete ao STF, "precipuamente, a guarda da Constituição" (cabeça do art. 102 da nossa Lei Maior), é porque nele reside a

garantia da permanência do próprio modelo do ordenamento jurídico brasileiro, que é um sistema de normas fundadas e ao mesmo tempo encimadas por uma Constituição Positiva. É como dizer: o STF existe, em rigor, para assegurar que o nosso sistema de direito positivo permaneça uma estrutura de normas escalonadas segundo um rígido esquema de supra-infra-ordenação (ortodoxamente hierarquizado, portanto). Na sempre recorrente doutrina de Hans Kelsen, o sumo fundador do positivismo ou da escola analítica do direito, lê-se:

> Para todas as hipóteses, um ordenamento (...) do direito não representa um sistema de normas de igual ordem, senão de sobre-e-sob normas, isto significa uma estrutura de normas, cujo escalão superior é a Constituição fundamentada pela pressuposta norma fundamental e cujo escalão inferior são as normas individuais que fixam como devida uma conduta determinada concreta. [In *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 331.]

5. Ora, se é pela afirmação da supremacia da Constituição que o STF garante a higidez da ordem jurídica brasileira como um sistema escalonado de normas, é pelo mecanismo da reclamação que se garante o papel do Supremo, e, assim, por modo oblíquo ou reflexo é que se serve à integridade daquela mesma ordem escalonada de normas. Equivale a dizer: a reclamação, na medida em que serve para guardar o próprio guardião da CF, termina por servir, reflexamente, à integridade do ordenamento que nessa Constituição se funda e a que ele, ordenamento, deve ser sistematicamente reconduzido. E como incumbe ao Ministério Público, por qualquer das suas duas espécies, defender a nossa ordem jurídica, claro está que pode fazê-lo tanto por modo direto quanto indireto. Importando menos a instância judicante perante a qual venha a atuar do que a altaneira função de defesa da encarecida ordem jurídica, a primeira das suas (dele, Ministério Público) finalidades institucionais. A função a preponderar sobre o *locus* de atuação de todo o Ministério Público.

6. Em palavras diferentes, há um vínculo necessário entre o instituto da reclamação e a defesa da ordem jurídica, o que viabiliza o manejo da ação pelo Ministério Público enquanto instituição-gênero. Logo, tanto o Ministério Público da União, quanto o Ministério Público dos Estados, pois não há diferença de qualidade entre as duas tipologias; bastando lembrar que tanto as finalidades a que se reporta o art. 127 da Constituição quanto as competências listadas pelo art. 129 da mesma Carta Política são comuns ao Ministério Público da União e àquele que é próprio dos Estados-membros.

7. Certo que esse vínculo entre a reclamação e a ordem jurídica brasileira é indireto ou reflexo, na medida em que ela, reclamação, se destina a guardar imediatamente o guardião-mor de tal ordem jurídica, que é o STF. Mas guardar o guardião-mor para que ele possa fazer o que lhe cabe: guardar precipuamente a Constituição, e, assim, preservar a natureza do ordenamento como um todo composto de normas que se relacionam por um rígido esquema de supra-infra-ordenação. **Tudo de modo a afunilar na ideia-força de que a meta é a fonte; ou seja, a derradeira das metas do ordenamento jurídico brasileiro é a**

primeira das fontes de positivação jurídica: a Constituição Federal. E isso é o que interessa para a habilitação processual do Ministério Público, e não o caráter reflexo do modo pelo qual a reclamação constitucional é por ele posta a serviço da ordem jurídica pátria.

8. Também não se desconhece que o art. 46 da Lei Complementar 75/1993 prescreve que o *locus* de atuação judicial do procurador-geral da República é o Supremo Tribunal Federal. Mas também é certo que tal disposição não é excludente da atuação dos Ministérios Públicos estaduais na mesma instância judicante do Supremo, pois se trata de um diploma normativo exclusivamente direcionado à estruturação e ao funcionamento do Ministério Público da União. Nada tendo a ver, portanto, com o Ministério Público que é próprio de cada Estado-membro. Ministérios Públicos estaduais a quem compete, por evidente, velar pela defesa da competência e pela autoridade das decisões do STF nas respectivas unidades federadas, até porque, ainda segundo o insuperável magistério de Hans Kelsen, as decisões judiciais fazem parte da própria estrutura escalonada dos ordenamentos jurídicos que se fundam numa Constituição rígida (como é a nossa Lei Maior); e fazem parte, óbvio, na qualidade de normas jurídicas individuais ou de base.

9. Nessa mesma linha é a didática exposição do constitucionalista Carlos Augusto Alcântara Machado, que é também procurador de justiça e professor de direito constitucional da Universidade Federal de Sergipe, a saber :

> Ao indicar a *unidade* como o primeiro dos princípios institucionais, perseguiu o constituinte o sentido orgânico, isto é, reconheceu que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob única chefia, direção, supervisão. Em outras palavras, organicamente os membros do MP não se apresentam individualizados, pois representam – todos indistintamente – a mesma instituição.
>
> Já a *indivisibilidade*, deve ser compreendida do ponto de vista funcional e como corolário da *unidade*. Por ser o Ministério Público uno, enquanto instituição, a atuação dos seus membros não é vinculada aos processos ou procedimentos nos quais funcionam e, por conseguinte, os respectivos agentes podem ser substituídos, nas hipóteses legais, por outros, sendo sempre o mesmo Ministério Público, no desempenho de idêntica atividade.
>
> (...)
>
> Por não haver hierarquia entre o MPU e o MPE e sob pena de grave e inconstitucional interferência na independência funcional do Ministério Público das unidades da Federação brasileira, eventuais reclamações, ações civis ou mesmo petições, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, *verbi gratia*, no exercício das suas atribuições e prerrogativas, não podem se subordinar – para ter regular processamento – à discricionária ratificação do Chefe do Ministério Público da União.
>
> (...)
>
> Diversa, no entanto, a conclusão para o exercício de atuação na condição de órgão interveniente, *custos legis*. De fato, nessa circunstância somente o Procurador-Geral da República – agora por expresso mandamento constitucional (§ 1º do art. 103) tem legitimidade (atribuição) para funcionar nos processos de competência do Supremo Tribunal Federal. [Princípios Institucionais do Ministério Público: Unidade e Indivisibilidade, cópia *mimeo.*]

10. Com esses fundamentos, que me parecem incorporar todos aqueles judiciosamente oralizados pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski na última sessão de julgamento, reconheço a legitimidade ativa do procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo em tema de reclamação constitucional. Pelo que divirjo do ilustrado voto da ministra Ellen Gracie apenas quanto à necessidade, que de pronto afasto, de ratificação da peça inicial da reclamatória pelo procurador-geral da República.

11. Já de referência ao mérito da causa, acompanho a conclusão da eminente ministra, por também entender que a Súmula Vinculante 9 não afrontou o direito subjetivo à individualização da pena, nem atentou contra o chamado princípio da proporcionalidade, na avaliação da falta disciplinar eventualmente cometida por presidiário e em face do instituto dos dias remidos. É dizer, a Súmula Vinculante 9 apenas sintetizou nossa firme jurisprudência no sentido de que os dias remidos são passíveis, sim, de perda total, por motivo de falta grave apurada em processo disciplinar e objeto de decisão pelo competente juiz da vara de execuções penais. Mas não impediu que tal decisão incorporasse um juízo legal de graduação da falta disciplinar, mesmo grave, para, se for o caso, proporcionalizar o *quantum* da perda dos dias remidos. Logo, a teor da súmula em causa, a perda dos dias remidos tanto poderá ser total quanto parcial, a depender da avaliação que a lei formal do Congresso Nacional vier a fazer da falta disciplinar cometida no caso.

12. Em conclusão, voto parcialmente com a relatora para assentar a legitimidade ativa do Ministério Público dos Estados em tema de reclamação constitucional. No mérito, acompanho integralmente o voto da ministra Ellen Gracie, no sentido da procedência desta reclamação. Pelo que também casso o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto.

VOTO
(Confirmação)

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, só peço vênia para reafirmar o voto que proferi na sessão anterior, relativamente à competência exclusiva do procurador-geral para atuar perante o Supremo Tribunal Federal, com base nos arts. 103, § 1º, da Constituição e 156 do nosso Regimento.

VOTO
(Sobre preliminar)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu também, presidente, vou pedir vênia ao ministro Carlos Britto. Por mais que tenha lido, tenho uma dúvida ainda que me ficou do voto de Vossa Excelência, ministro, por limitação minha certamente, mas Vossa Excelência citou a Lei Complementar 75, no art. 46, e o fundamento é constitucional. Também no meu voto, tal como afirmado pela ministra Ellen Gracie, baseio-me no que a Constituição estabelece. Só que interpreto todos os

princípios da unidade, da independência, exatamente no sentido oposto, para chegar à conclusão oposta, tal como foi feito pela ministra Ellen Gracie.

A minha pergunta para Vossa Excelência seria, em face do que Vossa Excelência verbaliza no voto, se há uma interpretação conforme que está sendo dada ao art. 46, que dispõe:

> Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público (...)

E Vossa Excelência, no voto, afirma que o Ministério Público é uma unidade, claro, como está na Constituição, independentemente de esta lei se referir apenas ao Ministério Público Federal, e não ao estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, eu acho que me fiz entender mal. Falei do Ministério Público como uma instituição gênero, que se bifurca em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas a lei não faz essa bifurcação.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas é porque essa lei dispõe sobre Ministério Público da União.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só. É exclusiva.

O sr. ministro Ayres Britto: Entendeu? Cada Estado-membro tem sua lei complementar.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, e, dentro de cada um deles, há autonomia administrativa, autonomia financeira, dentro de cada espécie de Ministério Público.

O sr. ministro Celso de Mello: **Reafirmo**, senhor presidente, **o voto** que proferi, em 25-3-2010, **a propósito** *da questão preliminar* **ainda** sob apreciação desta Corte.

Disse, *naquela oportunidade*, que o Ministério Público *estadual* **dispõe**, *ele próprio*, **de legitimidade** para ajuizar reclamação, *em sede originária*, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **quando atua** no desempenho **de suas** prerrogativas institucionais **e no âmbito** de processos cuja natureza **justifique** a sua formal participação, **quer** como órgão agente, **quer** como órgão interveniente.

Observei, *então*, **que não** tem sentido, **por implicar** *ofensa manifesta* à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, **exigir-se** que a sua atuação processual se faça **por intermédio** do senhor procurador-geral da República, **que não dispõe** de poder de ingerência **na esfera orgânica** do "*Parquet*" estadual, **pois lhe incumbe**, *unicamente*, por expressa definição constitucional, a chefia do Ministério Público *da União* (**CF**, art. 128, § 1º).

É importante assinalar, **porque** juridicamente relevante, **que o postulado** da unidade institucional (**que também se estende** ao Ministério Público dos Estados-membros) **reveste-se** de natureza constitucional (**CF**, art. 127, § 1º), **a**

significar que o Ministério Público *estadual* **não é** representado – **muito menos** chefiado – pelo senhor procurador-geral da República, **eis que é plena** a autonomia do "*Parquet*" local **em face** do eminente chefe do Ministério Público *da União*.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público *dos Estados-membros* **não está** vinculado **nem** subordinado, **no plano** processual, administrativo **e/ou** institucional, à chefia do Ministério Público da União, **o que lhe confere** *ampla possibilidade* de postular, *autonomamente*, **em sede** de reclamação, **perante** o Supremo Tribunal Federal.

Não é por outra razão, senhor presidente, tal como acentuara **no início** deste julgamento, em 25-3-2010, **que esta** Corte, ***tratando-se*** do Ministério Público *do Trabalho* – órgão **que integra** o Ministério Público *da União* –, **tem-lhe negado** qualidade para agir em sede reclamatória, **pelo relevante motivo** de a representação institucional do Ministério Público **da União** caber, *com exclusividade*, ao procurador-geral da República (**Rcl 4.091-AgR/GO**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Rcl 5.543-AgR/GO**, rel. min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, se Vossa Excelência me permite, se não fosse essa norma da lei do Ministério Público da União, qualquer procurador, seja do trabalho ou outro, se sentiria com competência para dar parecer no Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, no âmbito da União, se limitou ao procurador-geral da República a atuação no Supremo Tribunal Federal em nome do Ministério Público da União.

Segundo: para que se reconhecesse que o Ministério Público estadual não tem legitimidade autônoma para propor reclamação, seria preciso reconhecer que ele não pode nem interpor recurso nenhum, porque é a mesma coisa. Ademais teríamos que fixar que o procurador-geral da República tem o poder de vetar, ou melhor, de estimar se é legítimo ou não o interesse que o Ministério Público estadual queira defender. Em outras palavras, subordinaríamos a atuação do Ministério Público estadual – não digo ao arbítrio – à estima, ao juízo do procurador-geral da República.

O sr. ministro Celso de Mello: E mais, senhor presidente...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não poderia agir. Se ele tivesse que chegar ao Supremo Tribunal Federal, teria de, primeiro, perguntar ao procurador-geral da República se ele pode vir ou não ao Supremo Tribunal Federal!

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, além disso, com o devido respeito, o que me parece mais importante, isso, longe de fortificar, só debilita o Ministério Público.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E que o Supremo pode acolher.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, apenas um minuto, não contraditando o que sempre brilhantemente expõe o ministro Celso de Mello, mas fazendo uma indagação ao Tribunal, eu gostaria de saber se, com uma decisão no sentido em que se encaminha, estaria o Tribunal derrubando o veto presidencial ao art. 29 da Lei 8.625. Esse art. 29 dizia o seguinte:

> Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federais e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça [estadual]:
>
> (...)
>
> IV – Ocupar a tribuna nas sessões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para formular requerimentos, produzir sustentação oral ou responder às perguntas que lhe forem feitas pelos Ministros, nos casos de recursos interpostos ou de interesse específico do Ministério Público local.

Como nós estamos estendendo legitimidade ativa aos procuradores-gerais de Justiça, eles terão, então, que ser admitidos a essa sustentação oral ao menos em reclamações, e estaremos nós, sem sermos Poder Legislativo, derrubando um veto do presidente da República.

O sr. ministro Celso de Mello: **O veto** do presidente da República **apenas impediu** que se convertesse em lei uma proposta de direito novo. **Ademais**, nós estamos interpretando a Constituição, **e fazendo-o** a partir de alguns postulados essenciais: **um**, *de ordem estrutural*, **que é** o princípio da Federação, **e outro**, *de caráter orgânico*, **que são** os postulados institucionais da unidade **e** da indivisibilidade do Ministério Público, **ambos** *de extração constitucional*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Acho que não, não há norma alguma.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu agradeço as sempre muito fecundas lições do ministro Celso de Mello, entretanto os fundamentos apresentados não me convencem.

Continuo convencida de que, nos termos da Constituição, de toda sorte, parece-me que, com a interpretação que posso dar à Constituição – nem vou fazer referência ao Regimento Interno –, a legitimação aqui seria do Ministério Público, desde que com a ratificação do procurador-geral da República.

Não me convence muito, ministro Ricardo Lewandowski – que enfatizou a questão da federação –, ruptura da questão federativa neste caso, pela singela circunstância de que determinadas competências, até por opção do constituinte, já foram entregues somente ao procurador-geral da República. Federação não é uma ciranda de entidades autônomas; mas a autonomia é exatamente o espaço de independência conferido constitucionalmente. Como eu estou interpretando, realmente, que esse espaço autônomo foi fixado pela Constituição, não me parece aqui, de jeito algum, que feri; analisei exatamente esse ponto, porque

levantado por Vossa Excelência, e, claro, de muito importância. Mas não me convencem essas razões.

Peço vênia, senhor presidente, mas acompanho a relatora, portanto, para concluir no mesmo sentido. Ou seja, há possibilidade, se vier a reclamação, com a ratificação prévia do procurador-geral.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, acompanho a eminente relatora e o faço à luz do princípio federativo para tirar a conclusão diametralmente oposta àquela que foi extraída pelos ministros que se opõem ao seu voto. Ou seja, para mim – e assim o é em todas as federações –, as competências dos órgãos constitucionais principais e dos órgãos constitucionais com atribuição para atuar perante as Cortes Supremas dessas federações só residem na Constituição Federal. Ela é quem diz – assim como nós já decidimos aqui qual é a competência originária desta Corte – quem pode atuar originariamente perante a Corte Suprema do país.

Com essas breves considerações, acompanho a eminente relatora.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, pedindo vênia à eminente relatora, entendo que a questão está bem posta a partir, agora, do voto do ministro Celso de Mello.

Não há esse monopólio da representação por parte do procurador-geral, nem essa superioridade hierárquica dele em relação ao Ministério Público estadual. Trata-se, apenas, de defesa de decisões, no que diz respeito à competência para a reclamação, que pode ser submetida por qualquer desses órgãos do Ministério Público perante o Supremo Tribunal Federal.

Eu tenho a impressão de que, se nós referendássemos esse entendimento, chegaríamos, realmente, a um tipo de tutela do Ministério Público estadual pelo órgão federal, o que representaria um malferimento, uma lesão ao modelo federativo.

Quanto ao argumento lançado, por último, pelo eminente relator, parece-me que a questão é apenas de interpretação. Todo dia, certamente, nós decidimos recursos extraordinários que sequer são manejados pelo procurador-geral de Justiça, mas por um membro qualquer do Ministério Público estadual, que acompanha, eventualmente, aquele processo e poderá vir a sustentar até da tribuna do Supremo Tribunal Federal, como tem ocorrido também com os demais órgãos. Nós temos reconhecido toda a autonomia e temos visto brilhantes sustentações feitas pelas defensorias públicas estaduais, que trazem, até ao Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? A reclamação é bifurcação do processo que corre na origem. Então, parte legítima para a reclamação, inclusive sob o ângulo ativo, é justamente a que acompanha o processo na origem. Não há como se conceber a confusão quando o Ministério Público atua como parte e quando atua como fiscal da lei. Não se imagina uma corrida de revezamento. Foi como disse: ficaria muito difícil para o Ministério Público Federal acompanhar, no Brasil inteiro, nos tribunais do Brasil inteiro, nos órgãos judicantes do Brasil inteiro, as ações para perceber quando descumprido ou não um verbete de Súmula. E, se levarmos essa atuação às últimas consequências, no Supremo, inclusive confundindo o Ministério Público como parte e como fiscal da lei, assentaremos também que o advogado que atua no Estado não poderá vir e defender na causa, que ele acompanhou na origem, no Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência me permite? Vi bem aí, vamos dizer, o acento que o ministro Joaquim Barbosa, com o devido respeito, deu à palavra "atuar", mas "atuar" aí significa também atuar como *custos legis*, isso realmente nenhum Ministério Público pode fazer, só o procurador-geral da República.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu me referi à atuação em causas originárias.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quer dizer, não tem sentido que se admitissem, atuando no Supremo Tribunal como *custodes legis*, todos os Ministérios Públicos. Por isso a Constituição diz que, para atuar como *custos legis*, subentendido, só o procurador-geral da República. Ele é único nesse aspecto também.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu deixei explícito isso no meu voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele, sim, tem exclusividade para atuar, perante o Supremo, como *custos legis*. Agora, como parte, o Ministério Público estadual precisaria perder a capacidade de estar em juízo, para que se lhe reconhecesse ilegitimidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nas situações jurídicas previstas em lei.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas nem é preciso, ministro, porque, em última consequência, não poderia sequer propor ação penal! Se não tem capacidade de estar em juízo, não pode propor ação penal. Como é que o Ministério Público estadual vai propor ação penal, se não tem capacidade de estar em juízo?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas ele não propõe nenhuma ação penal perante o Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele não atua perante o Supremo, propõe em outro local.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu me referi às ações originárias. Eu acho que é isto que está em debate.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, sua capacidade de ser parte significa que pode propor todas as ações possíveis como parte. É o que ele fez aqui. É uma ação, ele é parte ativa da reclamação.

O sr. ministro Marco Aurélio: A reclamação, em última análise – penso que o professor Frederico Marques enquadrou assim –, é um sucedâneo recursal.

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se** de medida de direito processual constitucional. A reclamação **tem** extração constitucional.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Assim como o recurso extraordinário. Como é que o Ministério Público estadual pode propor recurso extraordinário, mas não pode propor reclamação?

O sr. ministro Celso de Mello: Vossa Excelência citou, *apropriadamente*, o exemplo das Defensorias Públicas. A Defensoria Pública dos Estados-membros não atua, no Supremo, por intermédio da Defensoria Pública da União...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É um símile.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não tem sentido** estabelecer-se uma (*inexistente*) relação de subalternidade, de (*incompreensível*) dependência processual, **entre** o Ministério Público dos Estados-membros **e** o Ministério Público da União. Simplesmente, **não existe**, no plano constitucional, **qualquer** vinculação hierárquica **que subordine** o Ministério Público local ao poder **e** à autoridade do eminente procurador-geral da República.

O sr. ministro Ayres Britto: Não existe isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E seria uma interferência profunda, porque dependeria do procurador-geral da República a avaliação da legitimidade do interesse para propor ação.

O sr. ministro Celso de Mello: O Ministério Público dos Estados-membros **não depende** do eminente chefe do Ministério Público da União **para atuar** perante esta Suprema Corte, **eis** que – *insista-se* – **inexiste** qualquer vínculo de subordinação **entre** essas instituições. **Entendimento diverso**, *que submetesse* o Ministério Público local ao Ministério Público da União, **implicaria clara ofensa** ao postulado da Federação, **o que se mostra** *constitucionalmente inaceitável*.

Vale rememorar, neste ponto, **o magistério**, *sempre autorizado*, de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Instituições de Direito Processual Civil**", vol. I/202-203, item n. 113, 3. ed., 1966, Forense), **para quem**, "*No Brasil,* ***em virtude da organização federativa****, pode-se dizer que há um 'parquet' em cada Estado,* ***além do que constitui*** *o Ministério Público Federal* ***e*** *dos que funcionam junto às jurisdições especiais.* ***Dentro de cada*** *'parquet'* ***existe*** *a unidade* ***e*** *indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado.* ***De*** *'parquet'* ***para 'parquet' (...) existem*** *laços* ***de coordenação e igualdade***" (**grifei**).

Não consigo vislumbrar, *portanto*, senhor presidente, **qualquer** fundamento constitucional **que possa justificar** o entendimento **que pretende**

submeter a atuação processual do Ministério Público dos Estados-membros à direção do eminente chefe do Ministério Público da União.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não se consegue, realmente.

Portanto, acompanho.

DEBATE
(Mérito)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, neste caso, cassamos o acórdão.

O sr. ministro Celso de Mello: Senhor presidente, **quanto ao mérito**, penso haver, *aqui*, um ponto que **não** se debateu. **Refiro-me** à questão **concernente** à possibilidade, ou não, de a Súmula Vinculante 9, de conteúdo *evidentemente* gravoso, **aplicar-se** a fatos **anteriores** à sua publicação na imprensa oficial.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é a questão de mérito.

O sr. ministro Celso de Mello: **Cabe verificar**, *portanto*, **superada** a questão preliminar **concernente** à legitimidade ativa "*ad causam*" do Ministério Público **do Estado** de São Paulo, **se** a situação exposta **na presente** reclamação **traduz**, *ou não*, **hipótese de ofensa** à autoridade da Súmula Vinculante 9/STF.

Em casos **idênticos** ao que ora se examina, **tenho acolhido** a pretensão reclamatória deduzida pelo Ministério Público paulista, **como o evidencia** julgamento consubstanciado **em decisão** assim ementada:

> ***O estatuto de regência*** *da remição penal* ***não ofende*** *a coisa julgada,* ***não atinge*** *o direito adquirido* ***nem afeta*** *o ato jurídico perfeito,* ***pois*** *a exigência de satisfatório comportamento prisional do interno –* ***a revelar*** *a participação ativa* ***do próprio*** *condenado na obra de sua reeducação –* ***constitui*** *pressuposto essencial* ***e*** *ineliminável* ***da manutenção*** *desse benefício legal.*
>
> ***A perda*** *do tempo remido,* ***em decorrência*** *de punição por falta grave (****art. 127*** *da Lei de Execução Penal),* ***não vulnera*** *o postulado* ***inscrito*** *no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.* ***É que a punição*** *do condenado por faltas graves –* ***assim entendidas*** *as infrações disciplinares tipificadas* ***nos arts. 50, 51*** *e* ***52*** *da Lei de Execução Penal –* ***traz consigo*** *consideráveis impactos de natureza jurídico-penal,* ***pois afeta****, nos termos em que foi delineado pelo ordenamento positivo,* ***o próprio*** *instituto da remição penal,* ***que supõe****, para efeito de sua aplicabilidade* ***e*** *preservação,* ***a inexistência*** *de qualquer ato punitivo* ***por ilícitos disciplinares*** *revestidos da nota qualificadora da gravidade objetiva.* ***Doutrina****.* ***Precedentes****.* [**Rcl 7.099/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Há, *porém*, no caso, senhor presidente, como anteriormente salientei, **uma singularidade** consistente no fato de o comportamento do ora interessado **haver ocorrido** em momento **que precedeu** a publicação, na imprensa oficial, da Súmula Vinculante 9/STF.

Foi por tal razão que o e. Tribunal de Justiça paulista **entendeu inaplicável**, *à espécie*, o enunciado vinculante em questão, **pois** – *segundo enfatizou* o

acórdão de que se reclama – os atos **configuradores** da falta disciplinar imputada ao sentenciado, ora interessado, ocorreram **antes** da própria publicação, na imprensa oficial, **da formulação** inscrita na Súmula Vinculante 9/STF:

> ***A Súmula Vinculante*** *n. 9* ***não tem****, portanto,* ***o condão de retroagir*** *seus efeitos,* ***pois****, se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal* ***mais*** *rigorosa* ***impede*** *sua aplicação* ***a fato ocorrido anteriormente****,* ***do mesmo modo****, como visto,* ***veda a incidência*** *daquela a evento* ***pretérito****, na medida em que prejudicial ao recluso.* [**Grifei**.]

O sr. ministro Marco Aurélio: É a problemática da eficácia em relação a todos, que não havia à época.

O sr. ministro Celso de Mello: **A Constituição** diz que a súmula vinculante **terá eficácia** – e eficácia impositiva – **a partir** da sua publicação na imprensa oficial.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quer dizer que o acórdão é anterior?

O sr. ministro Celso de Mello: **Não**. O acórdão que julgou o recurso de agravo em execução penal **é posterior**, mas os fatos **configuradores** da falta disciplinar **são fatos anteriores** à publicação do enunciado sumular vinculante. **Eis o que diz** o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *(...) a Súmula Vinculante n. 9 do STF* ***deve necessariamente passar*** *pelo crivo da garantia constitucional da irretroatividade da norma penal* ***mais*** *gravosa.* ***Aplica-se****, portanto, aos fatos ocorridos* ***após*** *a sua publicação.* [**Grifei**.]

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro Celso de Mello, só uma pergunta. Penso que não ultrapassamos ainda a questão da legitimidade, quer dizer, agora ultrapassamos, sim, mas tenho a impressão de que a eminente relatora, então, não emitiu voto.

O sr. ministro Celso de Mello: A eminente relatora **discutiu** a questão preliminar **e** ingressou no exame do mérito, havendo julgado procedente a presente reclamação.

A sra ministra Cármen Lúcia: Ela superou e deu o voto de mérito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ela achou que, como estava ratificado o pedido, então a preliminar estava superada, porque o pedido estava ratificado.

O sr. ministro Celso de Mello: O Tribunal de Justiça de São Paulo **diz** que a falta disciplinar **atribuída** ao ora interessado ocorreu em 19 de setembro de 2006. **Trata-se**, *portanto*, de fato que se subtrai **ao âmbito** de incidência da Súmula Vinculante 9 desta Corte, **porque é anterior** à publicação de referido enunciado sumular.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Dia 29 de março de 2005.

O sr. ministro Celso de Mello: *Não importa* se o fato ocorreu em 2005 **ou** em 2006. **Assume relevo**, *isso sim*, uma **particular** circunstância de ordem temporal, **pois** os fatos configuradores da infração disciplinar **registraram-se** alguns anos **antes** da publicação da Súmula Vinculante 9 na imprensa oficial, que *somente* se deu em 20-6-2008, **com republicação** em 27-6-2008.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mera interpretação.

O sr. ministro Celso de Mello: **Mas essa** *é uma interpretação gravosa*, **pois faz aplicar** uma norma que, **consubstanciada** em enunciado sumular vinculante, tem efeitos *claramente restritivos* **e cuja eficácia incide** sobre a esfera jurídica do sentenciado.

O sr. ministro Ayres Britto: Ela apenas consubstanciou uma jurisprudência.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): É verdade.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não** se deve esquecer que a súmula vinculante, **ao contrário** do enunciado sumular comum (que constitui *mera* referência paradigmática), **traduz** verdadeira *pauta subordinante* de julgamentos **e** de comportamentos administrativos, **à semelhança** *dos Assentos* da Casa da Suplicação de Lisboa, **cuja eficácia impositiva** derivava das Ordenações do Reino, **tanto** *as Ordenações Manuelinas* (1521) **quanto** *as Ordenações Filipinas* (1603), **sem** se falar, *ainda*, na *Lei da Boa Razão* (1769).

É de observar, *no ponto*, **até mesmo** a título de mero registro histórico, que a legislação **imperial** brasileira **outorgou**, no curso *do Segundo Reinado*, em 1875, *ao Supremo Tribunal de Justiça*, **o poder de formular** *Assentos* **impregnados** da mesma força normativa da lei, *vale dizer*, **revestidos**, *portanto*, de força obrigatória **e** geral.

Essa competência especial, *no entanto*, **atribuída**, no Império, ao Supremo Tribunal de Justiça, **cessou** com o advento da República, em 15-11-1889.

Em Portugal, *contudo*, esse modelo, **iniciado** com as Ordenações do Reino **e recepcionado**, posteriormente, pela legislação republicana, **deixou de prevalecer**, na década de 1990, **quando** o Tribunal Constitucional desse país, **em dois julgamentos** (**Acórdão** 810/1993 **e Acórdão** 743/1996), *veio a declarar a inconstitucionalidade parcial* **do art. 2º** do Código Civil português, **que atribuía**, aos Tribunais, competência para "*fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral*".

Vê-se, *daí*, que a súmula vinculante, **introduzida** pela EC 45/2004, **deita raízes** em *antiquíssima* prática reinol, **que data** do Século XVI, com as Ordenações Manuelinas (1521)...

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Acredito que seria levar a um extremo muito grande equiparar súmula à lei. Não considero que a interpretação que, neste caso, não favorece ao réu, não possa ser adotada como súmula vinculante. E permitir a interpretação da súmula e esta situação dos fatos em relação à súmula, no tempo, não só contraria a letra da Constituição, que determina que, a partir da publicação da súmula,

ela é obrigatória para todas as instâncias do Judiciário, mas também estimula a recalcitrância dos tribunais. Esse Tribunal, especificamente, não desconhecia que a nossa jurisprudência já era firmada nesse sentido.

O sr. ministro Ayres Britto: Já era, sim. A súmula não inovou em conteúdo. Como não podia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja Vossa Excelência que a súmula veio apenas confirmar a constitucionalidade, a legitimidade de uma norma legal pré-constitucional que estabelecia.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso. Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Portanto, é questão de recepção. Então, parece-me que, a suscitar esse tipo de questão e, sobretudo, a entender que, no caso, tal como faz o Tribunal de São Paulo, se os fatos ocorreram – veja, não estamos nem tomando como parâmetro temporal a decisão, mas os fatos –, então, isso se torna extremamente complexo, e a nossa missão de pacificar, de uniformizar, se perde. A súmula aqui apenas referendou um entendimento pacífico. A matéria poderia chegar, portanto, pela via de um recurso normal ao Supremo Tribunal Federal. Tomou a via expedita da reclamação em razão da edição da súmula vinculante.

De modo que peço todas as vênias ao eminente ministro Celso de Mello, mas aqui fico com o voto da eminente ministra relatora.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, quero me manifestar, porque, na verdade, o que o ministro Gilmar Mendes está asseverando coincide exatamente com a decisão do juiz da Vara de Execuções da Comarca de Presidente Prudente. Ele respeitou a jurisprudência reiterada do Supremo que, num determinado momento, se convolou numa súmula vinculante. Então, temos uma decisão do juízo das execuções alinhada à jurisprudência da Casa.

Aí vem o agravo em execução, e o Tribunal reformou depois da vigência da súmula. Então, o que se está a discutir, neste momento, é se essa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo pode, ou não, subsistir em face da publicação da súmula vinculante.

Eu, *data venia*, entendo que não pode subsistir, porque está aqui consignado, no parecer do Ministério Público, que, claramente, essa decisão é posterior à publicação da nossa súmula. Se se anular essa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, volta, no meu entender, a vigorar a decisão do juízo das execuções, que está consentânea com a jurisprudência da Casa.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Presidente, eu adiro à conclusão da ministra relatora no sentido de cassar o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para acompanhar o ministro Celso de Mello. Faço-o ressaltando que estamos a lidar com matéria penal, e então não podemos deixar de levar em consideração o que a Constituição prevê a respeito da irretroatividade da lei.

O preceito citado encerra um verdadeiro princípio e alcança não só a lei, no sentido formal e material, como também ato equivalente a esse diploma. Sabemos, ante a força vinculante, prevista na própria Carta, que o verbete tem contornos normativos e desafia, inclusive – foi ressaltado pelo ministro Celso de Mello –, a ação direta de inconstitucionalidade. Aliás, antes mesmo da edição, da criação do verbete vinculante, cheguei a pronunciar-me no sentido da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade quanto a verbetes da súmula no que impeditivos de recursos, ganhando, portanto, contornos praticamente normativos.

Vossa Excelência ressaltou que a falta teria sido praticada em 2005. Não posso considerar o verbete vinculante. Uma coisa seria enfrentar a matéria em termos de descumprimento da Lei de Execução Penal, se me defrontasse com um recurso interposto pelo Ministério Público. Mas o que está em mesa para julgamento não é um recurso propriamente dito, é uma reclamação.

Penso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao observar, e observar à exaustão, o princípio da irretroatividade da norma – gênero – mais gravosa ao acusado, andou bem e afinado, portanto, com a ordem jurídica constitucional.

VOTO
(Mérito: continuação)

O sr. ministro Celso de Mello: **Enfatizo**, senhor presidente, **já concluindo** o meu voto, **que o conteúdo normativo** da súmula vinculante **não pode retroagir**, só devendo incidir, *legitimamente*, sobre fatos registrados **em momento subsequente** ao de sua publicação na imprensa oficial, **sob pena** de transgressão à cláusula inscrita **no inciso XL** do art. 5º da Constituição da República, **que veda**, *de modo incondicional*, **a aplicação retroativa** de quaisquer atos estatais **que veiculem** regras penais *de conteúdo gravoso*.

A questão *da eficácia temporal* da súmula vinculante **não pode** conduzir a interpretações **que viabilizem** a aplicação retroativa, "*in pejus*", de seu conteúdo normativo, **não** podendo, *por isso mesmo*, estender-se *a fatos pretéritos*.

O conteúdo da súmula vinculante **permite** equipará-la, **para efeito** de definição de seu domínio temporal, às formulações normativas editadas pelo Estado, **de tal modo** que *a eficácia subordinante e impositiva* do modelo sumular, **tal como instituído** pela EC 45/2004, **rege-se** *pela cláusula da prospectividade*, **submetendo-se**, em consequência, *quando se tratar* de matéria criminal ou penal, **ao postulado constitucional que veda** a retroatividade *de normas gravosas* (**CF**, art. 5º, XL).

O exame do significado **e** do alcance normativo da regra consubstanciada **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal **tem merecido** expressivas manifestações da jurisprudência **desta** Suprema Corte (**RTJ 140/514**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RTJ 151/525**, rel. min. MOREIRA ALVES, **v.g.**) **e**, *também*, **de outros** tribunais da República (**RT** 467/313 – **RT** 605/314 – **RT** 725/526 – **RT** 726/518 – **RT** 726/523 – **RT** 731/666):

> ***O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas**, como aquelas que **afastam** a incidência de causas **extintivas** da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos **em momento anterior** ao da edição da **lex gravior**.*
>
> ***A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica** – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – **deve prevalecer** por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, **sempre** que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, **constatar-se** que o diploma legislativo **anterior** qualificava-se como estatuto legal **mais favorável** ao agente. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal.* [**RTJ 186/252**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Vê-se, *pois*, **que a circunstância de ordem temporal decorrente** da sucessão de normas estatais no tempo **revela-se apta a conferir** eficácia, *em sede penal*, à decisão (**ou** à norma) **mais** favorável, **uma vez configurada** a situação nela prevista.

Esse entendimento, que busca justificação dogmática **no inciso XL** do art. 5º da Constituição, **sempre** que o conteúdo normativo da súmula vinculante *revelar-se gravoso* em matéria penal, **tem o beneplácito** de ilustres doutrinadores (ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, "**As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**", p. 95/96, item n. 11.9, LTr; LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO, "**Súmula Vinculante e a Lei 11.417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema**", vol. 391/624-625, maio/junho de 2007, Revista Forense; GUSTAVO APPIO, "**Controle Difuso de Constitucionalidade – Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**", p. 87, item n. 5.2, 2008, Juruá; GUSTAVO DE MEDEIROS MELO, "**Limites à Retroatividade do Precedente Uniformizador de Jurisprudência**", *v.g.*).

Por essas razões, senhor presidente, **e tendo em vista** *a anterioridade*, no tempo, *da conduta* **atribuída** ao sentenciado, ora interessado, **examinada** em face *da data de publicação* da Súmula Vinculante 9/STF, *peço vênia* **para julgar improcedente** a presente reclamação.

É o meu voto.

DEBATE

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Ministro Celso de Mello, acompanhar a linha de raciocínio de Vossa Excelência mais reforça o meu posicionamento contrário à sumulação de matéria penal, porque cada vez que nós

sumularmos matéria penal, só poderemos aplicar para os fatos ocorridos após, na interpretação que agora é dada por Vossa Excelência.

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, eu acho que a súmula vinculante é norma de decisão, mas, na linha do que disse Friedrich Müller, uma coisa é norma de decisão, outra é o texto normativo. E, para mim, à luz da Constituição, a súmula vinculante não se transforma em texto normativo; é norma de decisão interpretando um texto normativo já existente.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Texto já existente, que consideramos como validado pela nova Constituição.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E, neste caso, aplicado. O juiz aplicou.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E veja que não há nenhuma dúvida de que a decisão do Tribunal de São Paulo, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo, está em contradição com o que estabelece a lei de execução, que foi, de alguma forma, agora consolidada na súmula vinculante de que se cuida.

Não há que se invocar, aqui, o efeito retroativo ou não da súmula, porque não é disso que se cuida. Trata-se, simplesmente, de dizer: Esse entendimento vinculante do Tribunal foi violado? Qual é o entendimento vinculante do Tribunal? Aquele que diz que a tal lei pré-constitucional foi recepcionada, que ela é constitucional, tão somente isso.

O sr. ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência me permite? Vou pedir máxima vênia ao ministro Celso de Mello, a partir da premissa que ele colocou, para concluir em contrário, com o devido respeito.

De fato, a súmula vinculante é deveras regra de decisão. Portanto, o objeto da súmula é a decisão, de modo que a data da decisão é que conta. Significa isso o quê? Que todas as decisões têm que, a partir da edição da súmula, estar de acordo com seu teor, não os fatos; as decisões. Por isso, há uma norma de decisão. Desde que a decisão foi proferida, após o início de vigência da súmula, se contraria a súmula, ela tem que recair.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ela não pode subsistir.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O que a reclamação põe é isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O fato, que é o objeto da decisão, está noutro plano de indagação, que não diz respeito propriamente à eficácia da súmula, mas à interpretação que a decisão local, afrontando a súmula, deu aos fatos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, nós temos que ver que a súmula vinculante não surge num vácuo.

O sr. ministro Ayres Britto: Não. Consolida algo pré-existente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, do meu ponto de vista, é muito simples: a partir de agora, do início de vigência da súmula, as decisões têm que ser com esse sentido.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ela se calca em dezenas de decisões proferidas por esta Corte que, por sua vez, tiveram como pano de fundo uma norma que estava em vigor desde 1984. Admitir esta tese que nós estamos discutindo seria o mesmo que admitirmos que a lei, que foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional em 1984, estaria em hibernação de 1988 até a edição da súmula. Essa seria a tese, se acolhêssemos. Não se discute: a lei está em vigor desde 1984.

O sr. ministro Celso de Mello: Essa, na realidade, não é a tese ora em discussão. A "*causa petendi*", vale dizer, o elemento causal subjacente à reclamação **não é** o descumprimento da lei, mas, *sim*, o desrespeito à autoridade vinculante do enunciado que se contém na súmula.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas a lei também tem autoridade vinculante.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas veja Vossa Excelência também que, em termos de funcionalidade, isso traria um outro problema, porque, a toda questão que se colocasse, nós teríamos de buscar, não agora a data da decisão, mas a data dos fatos para saber se aquela súmula seria aplicável.

O sr. ministro Ayres Britto: É como disse a ministra Ellen.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): As súmulas só seriam aplicáveis para os fatos que ocorressem a partir dela.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que retiraria uma boa parte do seu efeito útil.

E veja que mesmo Vossa Excelência, ministro Celso de Mello, naquele caso da ADC 4 – Vossa Excelência fez um belíssimo despacho sobre este assunto –, reconheceu a eficácia imediata da decisão com efeito vinculante, era a hipótese de cautelar em ação direta de constitucionalidade.

O sr. ministro Celso de Mello: Trata-se, *então*, de matéria processual civil.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas afetando inclusive os efeitos imediatos e futuros da decisão tomada, porque teria de haver um efeito racionalizador. Do contrário, o efeito vinculante acaba restando esvaziado.

EXTRATO DA ATA

Rcl 7.358/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Reclamante: Procurador-geral da República. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5). Interessado: Reinaldo Ponciano (Procurador: Defensor público-geral do Estado de São Paulo).

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação, contra os votos dos ministros Ellen Gracie (relatora), Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, que a reconheciam quando ratificado o pedido pelo procurador-geral da República. No mérito, julgou procedente a reclamação, contra os votos dos

ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 24 de fevereiro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 26.441 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Impetrantes: Antônio Carlos Pannunzio e outros, Fernando Coruja e Onyx Lorenzoni — Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e presidente da Câmara dos Deputados — Litisconsorte passivo: Luiz Sérgio Nóbrega de Oliveira

Mandado de segurança – Questões preliminares rejeitadas – Pretendida incognoscibilidade da ação mandamental, porque de natureza *interna corporis* o ato impugnado – Possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional – O mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – Necessidade de prova pré-constituída – Configuração, na espécie, da liquidez dos fatos subjacentes à pretensão mandamental – Comissão parlamentar de inquérito – Direito de oposição – Prerrogativa das minorias parlamentares – Expressão do postulado democrático – Direito impregnado de estatura constitucional – Instauração de inquérito parlamentar e composição da respectiva CPI – Impossibilidade de a maioria parlamentar frustrar, no âmbito de qualquer das Casas do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do direito constitucional à investigação parlamentar (CF, art. 58, § 3º) – Mandado de segurança concedido.

O estatuto constitucional das minorias parlamentares: a participação ativa, no Congresso Nacional, dos grupos minoritários, a quem assiste o direito de fiscalizar o exercício do poder.

– Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.

– A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.

– O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional inconsequente, há de ser aparelhado com

instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

– A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, rel. min. Celso de Mello, *v.g.*

– A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional.

Requisitos constitucionais pertinentes à criação de comissão parlamentar de inquérito (CF, art. 58, § 3º): cláusula que ampara direito de conteúdo eminentemente contramajoritário.

– A instauração de inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Lei Fundamental da República: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto da apuração legislativa e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 24.831/DF, rel. min. Celso de Mello, *v.g.*

– O requisito constitucional concernente à observância de 1/3, no mínimo, para criação de determinada CPI (CF, art. 58, § 3º), refere-se à subscrição do requerimento de instauração da investigação parlamentar, que traduz exigência a ser aferida no momento em que protocolado o pedido junto à Mesa da Casa legislativa, tanto que, "depois de sua apresentação à Mesa", consoante prescreve o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 102, § 4º), não mais se revelará possível a retirada de qualquer assinatura.

– Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da comissão parlamentar de inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre ao presidente da Casa legislativa adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não se revestindo de legitimação constitucional o ato que busca submeter, ao Plenário da Casa legislativa, quer por intermédio de formulação de questão de ordem, quer mediante interposição de

recurso ou utilização de qualquer outro meio regimental, a criação de qualquer comissão parlamentar de inquérito.

– A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional, que não dispõe de qualquer parcela de poder para deslocar, para o Plenário das Casas legislativas, a decisão final sobre a efetiva criação de determinada CPI, sob pena de frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalizar e de investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

– A rejeição de ato de criação de comissão parlamentar de inquérito, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, ainda que por expressiva votação majoritária, proferida em sede de recurso interposto por líder de partido político que compõe a maioria congressual, não tem o condão de justificar a frustração do direito de investigar que a própria Constituição da República outorga às minorias que atuam nas Casas do Congresso Nacional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, sem divergência, em conceder o mandado de segurança, nos termos do voto do relator. Votou a presidente, ministra Ellen Gracie. Ausentes, na preliminar de prejudicialidade, os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Eros Grau e, na preliminar suscitada pelo litisconsorte passivo, apenas o ministro Marco Aurélio. Falaram, pelos impetrantes, o dr. Carlos Bastide Horbach e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, procurador-geral da República.

Brasília, 25 de abril de 2007 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se** de mandado de segurança **impetrado**, em 12-3-2007, **contra** a Presidência da Câmara dos Deputados (fl. 2), **pelo fato de esta haver admitido** o processamento de recurso **interposto** pelo líder do Partido dos Trabalhadores **contra** decisão denegatória de questão de ordem que referido líder partidário **havia suscitado** em face "**do deferimento**, pela Mesa, **de requerimento de instalação** de Comissão Parlamentar de Inquérito

destinada a investigar as causas, consequências e responsáveis **pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro**, desencadeada **após** o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, **envolvendo** um Boeing 737-800, da Gol (voo 1907), **e** um jato Legacy, da American ExcelAire, **com mais de uma centena de vítimas** (...)" (**fl. 13v. – grifei**).

Os ora impetrantes, **todos** deputados federais, **sustentam** que o processamento – **que reputam incabível** – de mencionado recurso (**Recurso** 14/2007 – fl. 17), **interposto** contra o indeferimento, pelo senhor presidente da Câmara dos Deputados, da questão de ordem (**Questão de Ordem** 31/2007 – fl. 13v.) **suscitada** pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores (PT), **terá**, como consequência imediata **e** previsível, **a própria extinção** da investigação parlamentar **objeto** do Requerimento de instituição de CPI (**RCP**) n. 1/2007 (fls. 17v./19), **considerada a preponderância** do grupo majoritário **no Plenário** dessa Casa legislativa, **fato esse que efetivamente veio a ocorrer** na sessão de 21-3-2007, **quando – segundo esclarece** o senhor presidente da Câmara dos Deputados **em suas informações** (fls. 162/163) – "o Plenário da Câmara dos Deputados (...) aprovou o Recurso, por 308 votos favoráveis, contra 141 desfavoráveis, (...) dando razão ao autor da Questão de Ordem" (**grifei**).

Os autores do mencionado Requerimento 1/2007, **entre os quais figuram** os ora impetrantes, **invocando** o art. 58, § 3º, da Constituição da República, **solicitaram** "a instituição de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, chamada de 'apagão aéreo', desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006 envolvendo um Boeing 737-800, da Gol (Voo 1907), e um jato Legacy, da American ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas" (fl. 17v.).

A E. Presidência da Câmara dos Deputados, **declarando preenchidos** os requisitos necessários à instauração do pretendido inquérito parlamentar, **reconheceu formalmente criada** a mencionada CPI, **mediante** ato **que possui** o seguinte conteúdo (fl. 25v.):

> Ato da Presidência.
>
> Satisfeitos os requisitos do art. 35, "caput", e § 1º do Regimento Interno, para o requerimento de instituição de CPI n. 1, de 2007, do Sr. Vanderlei Macris e outros, esta Presidência dá conhecimento ao Plenário da criação da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do Sistema de Tráfego Aéreo Brasileiro, desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol, voo 1907, e um jato Legacy, da American ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas.
>
> A Comissão será composta de 23 membros titulares e de igual número de suplentes, mais um titular e um suplente, atendendo ao rodízio entre as bancadas não contempladas, designados de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 33 do Regimento Interno. [Grifei.]

O senhor líder do Partido dos Trabalhadores, no entanto, **por entender não satisfeitas** as exigências **concernentes** ao fato determinado, à indicação do

número de membros da referida comissão (composição numérica) **e** à estipulação de prazo certo (temporariedade), **discordou** do requerimento **subscrito** pela minoria (RCP 1/2007) – **e** do ato da Presidência que o acolheu –, **suscitando**, em consequência, **a já mencionada** questão de ordem, **que foi indeferida** pelo senhor presidente da Câmara dos Deputados, **em decisão na qual Sua Excelência reconheceu presentes**, uma vez mais, **os requisitos constitucionais** necessários à criação da CPI em causa (fls. 27/28).

A **decisão** da Presidência da Câmara dos Deputados **que indeferiu** essa questão de ordem **sofreu a interposição** de recurso **por parte** do senhor líder do Partido dos Trabalhadores, ora litisconsorte passivo necessário, **que conseguiu**, do Plenário, **nos termos** do art. 95, **§ 9º**, do Regimento Interno da Câmara Federal, **fosse atribuída eficácia suspensiva** à referida impugnação recursal, **do que resultou** a paralisação dos efeitos **que ordinariamente emanariam** do ato declaratório de criação da CPI em causa.

O Plenário da Câmara dos Deputados, na sessão de 21-3-2007, **veio a acolher**, por 308 votos **contra** 141, **o Recurso** 14/2007, **interposto** pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores, **invalidando**, em consequência, **por efeito dessa deliberação majoritária** (fl. 352), o ato da Presidência **que havia declarado** a criação da CPI **objeto** do Requerimento 1/2007, **subscrito** pela minoria parlamentar.

O senhor presidente da Câmara dos Deputados, em suas informações, **e sob a alegação** de que "(...) o caso em tela, do requerimento para instalação da Comissão de Inquérito para investigar a situação do tráfego aéreo, guarda estreita correlação com o precedente havido em 1996, no Senado Federal, com a chamada CPI dos Bancos" (fl. 165), **sustenta a impossibilidade de se conhecer** do presente mandado de segurança, **por vislumbrar** a ocorrência, **neste** processo, de controvérsia **meramente** regimental, **à semelhança** do que se registrou **no precedente** por ele expressamente invocado.

A eminente autoridade apontada como coatora, **nessas mesmas informações** (fls. 158/169), **também justificou a legitimidade** do cabimento **e** processamento **do recurso** interposto pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores (**Recurso** 14/2007), **enfatizando**, a esse propósito, que procedeu corretamente **ao admitir** o recurso em causa, **pois**, segundo afirmou, "Não poderia (...), a Presidência, em hipótese alguma, deixar de receber o recurso e de colocar o pedido de efeito suspensivo em votação, sob pena de, aí sim, cometer ato ilegal, desrespeitando direito garantido ao parlamentar" (fl. 168).

O senhor presidente da Câmara dos Deputados, **ao justificar** a validade jurídica do ato **que ordenou** o processamento do recurso em questão – **e de cujo acolhimento resultou**, por deliberação majoritária da Câmara Federal, **a invalidação** do ato declaratório de criação da CPI em questão –, **assim se manifestou** (fls. 166/169):

> ***Ao examinar o Requerimento n. 1, de 2007****, (...)* ***esta Presidência*** *resolveu por acatá-lo,* ***embora*** *contivesse a mesma omissão de requisito regimental, no caso a definição do número de membros da Comissão.*
>
> *(...)*

***Apesar da omissão supracitada**, esta Presidência **achou por bem**, em uma decisão interpretativa do Regimento Interno, **acatar o requerimento**, **suprindo tal omissão**, conforme acima explicitado **na decisão** da questão de ordem do Deputado Luiz Sérgio, **e trazendo** conhecimento de tal decisão ao Plenário.*

(...)

***Finalmente**, **embora tendo admitido a CPI**, **tanto que anunciei** o Ato de criação, **permito-me discorrer sobre a tese**, **invocada** na inicial, **do direito de minoria**.*

***Ninguém nega** que a criação desse tipo de comissão é um direito de minoria, **mas também é inegável**, conforme já mencionado anteriormente, **que tal direito não é absoluto e imune** a regras e formalidades. **Qualquer minoria** para exercer seus direitos – que serão, diga-se de passagem, sempre reconhecidos pela Presidência desta Casa – **deve**, sim, **submeter-se** a regras procedimentais, **desde** que, obviamente, tais normas **não colidam** com mandamentos constitucionais.*

***Vemos**, nesse sentido, **que mesmo remédios constitucionais**, como o mandado de segurança e a ação popular por exemplo, **possuem** em sua regulamentação infraconstitucional requisitos, formalidades e até limitações temporais não previstas na Lei Maior, mas que já foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como compatíveis com o exercício de tais garantias constitucionais.*

***Daí por que ter acolhido a Questão de Ordem**, para, no mérito, indeferi-la, **e em seguida receber o Recurso**, que, conforme **já mencionado** anteriormente, **foi provido** em Plenário **pelo voto de 308 Deputados**.*

***Assim**, repito, **o juízo de admissibilidade** acerca da existência dos requisitos constitucionais e regimentais inerentes à espécie **foi exercido pelo Plenário** da Câmara dos Deputados, **instância máxima** desta Casa Legislativa.*

***Em face do exposto**, entendo ter esta Presidência agido dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais atinentes à matéria, **seja** quanto ao recebimento do requerimento de criação de CPI, **seja** quanto ao conhecimento da questão de ordem, do recurso a ele apresentado e de sua submissão ao Plenário.*

***Entendo**, pois, Senhor Ministro, **que os procedimentos adotados** pela Câmara dos Deputados **foram absolutamente corretos**.* [**Grifei**.]

Deferi o pedido de medida cautelar formulado pelos ora impetrantes (fls. 287/309) **e**, em consequência, **determinei**, cautelarmente, **até o julgamento final** do presente mandado de segurança, **o desarquivamento** do Requerimento 1/2007, de criação da CPI do tráfego aéreo, **subscrito** pela minoria parlamentar.

Em virtude dessa decisão (fls. 287/309), **paralisaram-se**, provisoriamente, **os efeitos** da deliberação plenária da Câmara dos Deputados **proferida** na sessão extraordinária de 21-3-2007, **impedindo-se**, desse modo, **até final decisão** do Supremo Tribunal Federal, **que se tornassem irreversíveis** as consequências resultantes **da desconstituição** do ato da Presidência dessa Casa do Congresso Nacional **que havia reconhecido** a criação de mencionada CPI.

Determinei fosse citado, na condição de litisconsorte passivo necessário, o senhor líder do Partido dos Trabalhadores, o deputado Luiz Sérgio Nóbrega de Oliveira, **considerada** a relevantíssima circunstância **de que foi ele quem se insurgiu**, formalmente, **contra o ato de criação**, na Câmara dos Deputados, **da CPI objeto do Requerimento** 1/2007, **seja suscitando** questão de ordem, **seja recorrendo**, para o Plenário, da decisão que a indeferiu.

O litisconsorte passivo necessário – que interveio, espontaneamente, nestes autos (fls. 321/346) – **sustentou**, preliminarmente, **a impossibilidade** de se conhecer **deste** "writ" mandamental, **alegando**, para tanto, em síntese, (**a**) **perda do objeto** desta ação, tendo em vista que, **no julgamento** do recurso pelo Plenário da Câmara dos Deputados, a minoria parlamentar **não conseguiu ratificar** "o número mínimo de subscritores exigido pelo texto constitucional" (fl. 341), **eis que**, "(...) das 211 (duzentos e onze) assinaturas iniciais apostas ao Requerimento 1/2007, apenas 141 Deputados mantiveram sua convicção e ratificaram, no momento processual e regimental oportuno, ou seja, na votação em Plenário do Recurso 14/2007 em 21-3-2007, o entendimento acerca do cumprimento dos requisitos constitucionais do citado Requerimento" (fl. 342); (**b**) **inexistência de liquidez** dos pressupostos fáticos em que se apoia a pretensão mandamental deduzida pelos impetrantes (fls. 342/345); (**c**) **impossibilidade constitucional** de o Supremo Tribunal Federal **apreciar** a controvérsia veiculada **nesta** causa, eis que, **nela**, **segundo enfatizado** pelo senhor líder do PT, **discutem-se** questões de caráter **preponderantemente** regimental, **impregnadas** de natureza "interna corporis" (fls. 342/345).

Quanto ao mérito do presente mandado de segurança, o senhor líder do Partido dos Trabalhadores **manifestou-se** por sua denegação, **afirmando**, de um lado, **o pleno** "cabimento do recurso", **ao Plenário** da Câmara dos Deputados, **contra o indeferimento** de questão de ordem **por ele suscitada**, na qual impugnava o ato de criação da CPI, **por alegada** ausência dos requisitos que lhe são inerentes (fls. 324/328), **e sustentando**, de outro, a "inadmissibilidade do Requerimento 1/2007", **subscrito** pela minoria parlamentar, **em virtude** da suposta falta de indicação, **nele**, de fato determinado, cuja menção é necessária para legitimar qualquer investigação legislativa.

O litisconsorte passivo necessário **também alega** que a criação da CPI em questão, **por iniciativa** da minoria parlamentar, **não observou**, em sua instituição, **as exigências** pertinentes à temporariedade **e** à indicação do número de membros integrantes de mencionada comissão parlamentar de inquérito (fls. 328/341).

O eminente senhor procurador-geral da República, dr. ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, por sua vez, **ao se manifestar** nestes autos, **opinou pela concessão** do presente mandado de segurança (fls. 432/440), **fazendo-o** em parecer que está assim ementado (fl. 432):

> MANDADO DE SEGURANÇA. REQUERIMENTO DE CRIAÇÃO DE CPI DEFERIDO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. DECISÃO QUE NÃO COMPORTA IMPUGNAÇÃO PERANTE A PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, DE NATUREZA CONSTITUCIONAL, DA MINORIA PARLAMENTAR DE VER CRIADA E INSTALADA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO REGULARMENTE REQUERIDA. ILEGALIDADE DA DELIBERAÇÃO ADOTADA PELA MAIORIA NA APRECIAÇÃO DE RECURSO EM QUESTÃO DE ORDEM QUE AFASTOU A EFICÁCIA DO ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. O RESTABELECIMENTO DA EFICÁCIA DA DECISÃO DO PRESIDENTE

TORNA IMPERTINENTE O EXAME DA PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS, VISTO QUE A VALIDADE DA REFERIDA DECISÃO NÃO ESTÁ INSERIDA NA "RES IN IUDICIO DEDUCTA". PARECER PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. [**Grifei**.]

É o relatório.

VOTO
(Sobre questões prévias)

O sr. ministro Celso de Mello (relator): Como **anteriormente** mencionado no relatório, **o presente** mandado de segurança **foi impetrado**, em 12-3-2007, contra a Presidência da Câmara dos Deputados (fl. 2), **pelo fato de esta haver admitido** o processamento de recurso que o senhor líder do Partido dos Trabalhadores **interpôs** contra decisão **denegatória** de questão de ordem **por ele próprio suscitada** em face "do deferimento, pela Mesa, de requerimento de instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol (voo 1907,) e um jato Legacy, da American ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas (...)" (fl. 13v. – **grifei**).

Os ora impetrantes – **depois de questionarem** a admissibilidade **e** o processamento do recurso em causa – **sustentam**, na presente sede mandamental, que o provimento, **pelo Plenário** da Câmara dos Deputados, de mencionado recurso **terá**, como consequência inevitável, **a extinção** da própria investigação parlamentar **objeto** do Requerimento de instituição de CPI (**RCP**) n. 1/2007 (fls. 17v./19), **fato esse que efetivamente veio a ocorrer**, como é notório, na sessão de 21-3-2007, **quando – segundo esclareceu** o senhor presidente da Câmara dos Deputados **em suas informações** (fls. 162/163) – "o Plenário da Câmara dos Deputados (...) aprovou o Recurso, por 308 votos favoráveis, contra 141 desfavoráveis, (...) dando razão ao autor da Questão de Ordem" (**grifei**).

O senhor líder do Partido dos Trabalhadores, **ao se manifestar** na condição de litisconsorte passivo necessário (fls. 321/346), **formulou questões prévias**, cujo exame se impõe, desde logo, **eis que o eventual acolhimento** de qualquer delas poderá impedir **o pleno exercício**, por este Supremo Tribunal, de sua jurisdição constitucional, **inibindo-o**, em consequência, **de apreciar o próprio** fundo da controvérsia ora suscitada nesta sede processual.

Com efeito, **ao produzir** a sua contestação ao presente mandado de segurança, **o litisconsorte passivo necessário sustentou a impossibilidade** de se conhecer **deste** "writ" mandamental, **alegando**, em síntese, (**a**) **perda do objeto** desta ação, tendo em vista que, **no julgamento** do recurso pelo Plenário da Câmara dos Deputados, a minoria parlamentar **não conseguiu ratificar** "o número mínimo de subscritores exigido pelo texto constitucional" (fl. 341), **eis que**, "(...) das 211 (duzentos e onze) assinaturas iniciais apostas ao Requerimento n. 1/2007, apenas 141 Deputados mantiveram sua convicção e ratificaram, no momento processual

e regimental oportuno, ou seja, na votação em Plenário do Recurso n. 14/2007 em 21-3-2007, o entendimento acerca do cumprimento dos requisitos constitucionais do citado Requerimento" (fl. 342); (**b**) **inexistência de liquidez** dos pressupostos fáticos em que se apoia a pretensão mandamental deduzida pelos impetrantes (fls. 342/345); **e** (**c**) **impossibilidade constitucional** de o Supremo Tribunal Federal apreciar a controvérsia veiculada **nesta** causa, eis que, **nela**, **segundo enfatizado** pelo senhor líder do PT, discutem-se questões de caráter meramente regimental, **impregnadas** de natureza "interna corporis" (fls. 342/345).

Passo a apreciar, desse modo, **a primeira questão preliminar** suscitada pelo litisconsorte passivo necessário, **referente** à alegada ocorrência, na espécie, de situação configuradora **de prejudicialidade** deste mandado de segurança, **tendo em vista** o resultado do julgamento, que, **emanado do Plenário** da Câmara dos Deputados, **culminou por acolher** o recurso **interposto** pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores (**Recurso** 14/2007).

Ao justificar o pretendido reconhecimento da situação de prejudicialidade, o senhor líder do Partido dos Trabalhadores **apoiou-se** nas seguintes razões (fls. 341/342):

> ***Cobra relevo destacar*** *que o Requerimento n. 1/2007 e o próprio Mandado de Segurança ora em trâmite nesse Colendo Supremo Tribunal Federal, perderam seu objeto, diante da ausência de ratificação de seu conteúdo pelo número mínimo de 1/3 de parlamentares da Câmara dos Deputados.*
>
> ***Com efeito****, após intensos e exaustivos debates junto à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania e também no Plenário da Câmara dos Deputados, o Recurso n. 14/2007* ***foi acolhido*** *pela CCJC* ***e ratificado****, em 21-3-2007,* ***por 308 Deputados*** *em Sessão Plenária,* ***ao passo*** *que, na mesma assentada,* ***apenas 141 Deputados ratificaram o Requerimento n. 1/2007****, que se contrapunha ao Recurso regimental, conforme demonstram os documentos em anexo.*
>
> ***Significa afirmar*** *que,* ***não obstante*** *tenha o citado Requerimento* ***atingido****, inicialmente,* ***o número mínimo de subscritores*** *exigido pelo texto constitucional,* ***tal circunstância não restou ratificada*** *na votação ocorrida* ***no Plenário*** *da Câmara dos Deputados no dia 21-3-2007,* ***o que demonstra****, de forma cristalina, a compreensão da maioria absoluta dos Parlamentares de que o ato formal de solicitação de criação da CPI, ou seja, o Requerimento n. 1/2007, não observava, como de fato não atende, aos requisitos constitucionais objetivos.*
>
> ***Nessa perspectiva****, é de se concluir que o próprio Mandado de Segurança n. 26.441-1, cuja fundamentação decorre integralmente da então vigência e atendimento parcial dos requisitos constitucionais do Requerimento n. 1/2007,* ***perdeu seu objeto****, na medida em que subtraído, dessa realidade, além dos requisitos objetivos do fato determinado e da temporariedade, o cumprimento do requisito constitucional de subscrição do pedido por no mínimo 1/3 dos Deputados Federais.*
>
> ***Em outras palavras****, das 211 (duzentos e onze) assinaturas iniciais* ***apostas*** *ao Requerimento n. 1/2007,* ***apenas 141 Deputados*** *mantiveram sua convicção* ***e ratificaram****, no momento processual e regimental oportuno, ou seja, na votação em Plenário do Recurso n. 14/2007 em 21-3-2007,* ***o entendimento*** *acerca do cumprimento dos requisitos constitucionais do citado Requerimento.*

> ***Tem-se bastante claro**, dessa forma, **que ocorreu o completo esvaziamento** dos paradigmas legais que davam sustentação ao Requerimento n. 1/2007 e, nessa perspectiva, não há mais qualquer sustentabilidade constitucional ou regimental de sua regular tramitação, **emergindo**, por essa razão, **a sua total prejudicialidade** e, nessa quadra, a perda de seu objeto, o que desde já se requer.* [**Grifei**.]

Entendo, tal como tive o ensejo de ressaltar na decisão concessiva da medida cautelar, **que não se registra**, na espécie, **a alegada** situação de prejudicialidade do presente "writ" mandamental, **não obstante** o respeitável pronunciamento **emanado** do E. Plenário da Câmara dos Deputados, que, **ao dar provimento** ao recurso (Recurso 14/2007) **interposto** pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores, **invalidou o ato** da Presidência da Câmara dos Deputados **que havia formalmente reconhecido a criação** da CPI **objeto** do Requerimento 1/2007.

Cumpre assinalar, desde logo, que os impetrantes, **ao ajuizarem** esta ação mandamental, **não se limitaram a questionar** o processamento do Recurso 14/2007, **nem a impugnar** o encaminhamento desse pleito recursal à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Ao contrário, a impugnação mandamental em causa **veiculou** pretensão **objetivamente mais abrangente**, **impregnada de amplo** conteúdo material, **pois** nela se busca – **considerada** a extensão do pedido – **a concessão** do mandado de segurança, para que sejam determinados o "funcionamento e a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito requerida, anulando-se todos os atos praticados com a finalidade de postergar ou obstar a investigação parlamentar sobre 'as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, chamada de 'apagão aéreo', desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol (voo 1907), e um jato Legacy, da American ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas'" (fl. 11 – **grifei**).

Vê-se, portanto, **em face** dos termos **da própria** petição inicial consubstanciadora **do presente** mandado de segurança (fl. 11), **que a postulação** deduzida pela parte impetrante **visa a remover**, desconstituindo-os, "todos os atos praticados com a finalidade de postergar ou obstar a investigação parlamentar" em referência, **não importando** que se trate de atos decisórios da Presidência da Câmara dos Deputados, **ou** de manifestações opinativas de sua Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, **ou**, ainda, de deliberações colegiadas proferidas pelo Plenário dessa Casa Legislativa.

Torna-se evidente, pois, **examinada** a questão **na perspectiva** do pleito expressamente **formulado** pelos ora impetrantes (fl. 11), **que a decisão** do Plenário da Câmara dos Deputados – **que importou** em extinção anômala e liminar do inquérito legislativo **pretendido** pela minoria – **constitui**, ela mesma, **na efetiva concreção** de seu alcance, **um daqueles atos promovidos pelos grupos majoritários** "com a finalidade de postergar ou obstar a investigação parlamentar" em causa **e cuja prática se busca impedir** com o presente mandado de segurança.

Tenho para mim, desse modo, **que o julgamento plenário**, pela Câmara dos Deputados, do Recurso 14/2007, **interposto** pelo senhor líder do PT, **longe de caracterizar** situação configuradora de prejudicialidade da presente impetração, **confere**, ao contrário, **mais ênfase** (e vigor) à tese, **sustentada** pelos impetrantes, de que a utilização desse recurso regimental **poderia frustrar** a investigação parlamentar, **fazendo preponderar**, na matéria, **não** a vontade da minoria (**como quer** a Constituição da República), **mas**, sim, o princípio majoritário.

Não foi por outra razão, senhora presidente, que o eminente procurador-geral da República, **ao manifestar-se** contrariamente ao pleito de prejudicialidade formulado pelo litisconsorte passivo necessário, **deduziu**, no ponto, **as seguintes razões** (fl. 436):

> ***O julgamento pelo plenário*** *da Câmara dos Deputados* ***do recurso*** *cuja interposição e atribuição de efeito suspensivo* ***acabou por impedir*** *a instalação da comissão de inquérito em questão* ***não tem o condão de prejudicar*** *o conhecimento do presente "writ".*
>
> ***A situação*** *descrita nos autos é a seguinte:* ***há requerimento de criação de CPI que foi deferido*** *pelo Presidente da Câmara dos Deputados,* ***por entender presentes*** *os requisitos constitucionais,* ***mas que não resultou*** *na efetiva constituição da Comissão* ***em razão da apresentação*** *de questão de ordem* ***e*** *da existência de recurso ao plenário,* ***circunstância que motivou*** *o pedido dos impetrantes* ***no sentido*** *da determinação de funcionamento* ***e*** *instalação da CPI requerida, "****anulando-se*** *todos os atos praticados com a finalidade de postergar ou obstar a investigação parlamentar" em questão.*
>
> *Os impetrantes* ***deduziram*** *pretensão adequada à obtenção de tutela ao direito de ver instaurada a comissão parlamentar de inquérito requerida,* ***sendo certo dizer****, por essa razão,* ***que****, além de subsistir o seu interesse no julgamento do feito (****porque não prejudicado****),* ***a apreciação em plenário*** *do recurso em questão,* ***com a desconstituição*** *da decisão* ***favorável*** *à criação da CPI,* ***confere****, em verdade* ***e*** *como também já ressaltado pelo Ministro Relator,* ***maior legitimidade à tese dos impetrantes*** *de que a admissibilidade de impugnação,* ***no âmbito*** *da própria Casa Legislativa,* ***contra*** *ato de criação de CPI* ***importa*** *em desrespeitar o propósito do constituinte* ***de privilegiar****, para a provocação inicial da atuação fiscalizatória legislativa,* ***a minoria parlamentar****.* [**Grifei**.]

De outro lado, **entendo que se revela inacolhível** o fundamento **deduzido** pelo litisconsorte passivo necessário, **no sentido de que estaria prejudicada** esta ação mandamental, **pelo fato** de a minoria parlamentar, **vencida** no Plenário da Câmara dos Deputados, por 308 **a** 141 votos, **quando** do julgamento do Recurso 14/2007, **interposto** pelo senhor líder do PT, **não ter conseguido** atingir, **ratificando-o**, o mínimo constitucional de 1/3, **pois**, segundo **sustentado** em referida questão prejudicial, "(...) das 211 (duzentos e onze) assinaturas iniciais apostas ao Requerimento n. 1/2007, apenas 141 Deputados mantiveram sua convicção e ratificaram, no momento processual e regimental oportuno (...), o entendimento acerca do cumprimento dos requisitos constitucionais do citado Requerimento" (fl. 342 – **grifei**).

É que o requisito constitucional **concernente** à observância de 1/3, no mínimo, **para criação** de determinada CPI (**CF**, art. 58, § 3º), **refere-se à subscrição do requerimento** de instauração da investigação parlamentar, **que traduz** exigência a ser aferida **no momento** em que protocolado o pedido **junto** à Mesa da Casa legislativa, **tanto** que, "depois de sua apresentação à Mesa" (art. 102, § 4º), **consoante prescreve** o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados, **não mais se revelará possível** a retirada **de qualquer** assinatura.

Vê-se, portanto, que esse pressuposto constitucional **situa-se na gênese** do ato de criação da CPI, **de qualquer** CPI, **devendo ser aferido**, por tal razão, **no instante mesmo** em que o requerimento é apresentado à Mesa da Casa legislativa competente, **não sendo exigível**, em consequência, à minoria parlamentar, **o dever de ratificar ou de confirmar**, em Plenário, em momento ulterior, **a vontade** – já **legitimamente** manifestada – **dos subscritores** do pedido de investigação parlamentar.

Na realidade, **o acolhimento** dessa tese **sustentada** pelo senhor líder do PT, **além de transgredir**, diretamente, **o que dispõe** o art. 58, § 3º, **da própria** Constituição da República, **representaria** um encargo – **não legitimado** pelo texto constitucional – **que culminaria por frustrar**, até mesmo, **a instauração** de qualquer inquérito parlamentar.

Convém assinalar que o requerimento de criação da mencionada CPI – **subscrito** por 211 parlamentares (número que corresponde **a muito mais** do que 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados) – foi **regularmente** apresentado à Mesa daquela Casa legislativa, **que reconheceu**, então, **atendidas** as exigências constitucionais, **notadamente** aquela concernente **ao mínimo** de subscritores, **não se justificando**, assim, **a alegação equivocada** do litisconsorte passivo necessário de que não teria havido, com o julgamento do Recurso 14/2007 pelo Plenário da Câmara dos Deputados, a "ratificação" **e** a confirmação da vontade dos parlamentares subscritores.

Por todas essas razões, senhora presidente, **rejeito a primeira questão prévia** suscitada pelo litisconsorte passivo necessário.

Examino, agora, **a segunda questão preliminar**, **consistente** na alegação – **deduzida** pelo litisconsorte passivo necessário – de que os fatos **subjacentes** à presente controvérsia mandamental **não se revelariam líquidos**, pois supostamente ausente, na espécie, **quanto a eles**, a respectiva comprovação documental.

O litisconsorte passivo necessário, **ao suscitar** essa questão prévia, **apoiou-se**, em seus aspectos essenciais, **nos seguintes fundamentos** (fls. 343/345):

> *(...)* ***o presente mandado de segurança não merece conhecimento****,* ***eis que os fatos narrados na peça*** *de ingresso ofertada pelos Impetrantes,* ***ou seja – o atendimento*** *dos requisitos constitucionais para criação da CPI, de um lado,* ***e a suposta tentativa*** *ilegal, indevida* ***e*** *inconstitucional* ***de frustrar*** *o direito das minorias, de outro –* ***não foram devidamente comprovados****, haja vista a manifesta controvérsia jurídico-constitucional da matéria e a parcialidade da documentação probatória que acompanha a peça preambular,* ***que não se reveste*** *de robustez*

necessária para demonstrar a violação de direito passível de amparo por meio do "writ of mandamus".

***As "provas" amealhadas** para os autos trazem uma "realidade" **distorcida** dos fatos, **não dando a firmeza adequada** para a movimentação do remédio heroico constitucional em que vem de buscar socorro os Impetrantes.*

***Na verdade**, se os Impetrantes, **ao manejarem a ação de mandado de segurança, não se desincumbiram de trazer com a exordial as provas da violação do direito que entendem espancado** pelo ato da autoridade impetrada, **não só** a liminar deve ser indeferida, **mas a própria** segurança deve ser prontamente denegada.*

***Ou seja**, é com a peça de arranque que os Impetrantes **devem demonstrar** a ofensa a direito líquido e certo. **Não podem eles postergar** essa demonstração para momento ulterior, **eis que o rito da ação mandamental**, como é de conhecimento comezinho, **não dá abrigo à dilação probatória**.*

***Numa análise** perfunctória, líquido é aquilo que já vem delimitado em seu "quantum" ou na sua extensão, dispensando, de conseguinte, qualquer investigação a respeito dos seus limites e contornos. Trata-se, pois, da exata definição de quantidade ou de extensão do objeto que se tem sob mira.*

***Sob o mesmo prisma**, a certeza do direito é o pressuposto que tem liame com o afastamento de questionamentos a respeito do direito invocado, ficando a salvo de qualquer dúvida razoável acerca da sua existência.*

***Porém**, numa análise mais detida, a "liquidez" e "certeza" nos domínios do Mandado de Segurança são elementos concernentes aos fatos alegados pelos Impetrantes. Fatos que, por estarem demonstrados por meio de documentos, se revelam inequívocos.*

(...)

***Não podem** os Impetrantes pretender e tampouco o Judiciário conceder a oportunidade para que os fatos gravados na inicial da ação de segurança sejam provados em momento diverso da própria impetração. É o que acontece na realidade dos autos. **Por mais esforços que tenham feito**, não conseguiram os Impetrantes **demonstrar**, objetivamente, o atendimento dos requisitos constitucionais aptos a validar a criação, instalação e funcionamento da CPI do Setor Aéreo de um lado, e a ilegalidade ou inconstitucionalidade do acatamento e agora provimento do Recurso n. 14/2007 de outro.*

***Nesse passo** (...) a própria segurança é de ser prontamente denegada, eis que a ação movimentada padece de carência inexpurgável, levando em consideração que após a impetração da ação mandamental de segurança não há mais terreno para apreciação de provas outras acerca das alegações dos Impetrantes.*

(...)

*(...) **resta claro** que no momento da propositura deste mandado de segurança os Impetrantes não possuíam – como ainda não possuem – qualquer condição de exercer o direito por eles ventilados na petição inicial ofertada.*

***Assim**, o direito que os Impetrantes **acreditam** possuir **não se encontra** abrigado pela norma constitucional correspondente (art. 5º, inciso LXIX, CF/88), **haja vista** ser de sabença geral que, para o manuseio do remédio heroico em comento, é imperativa a existência de direito líquido e certo a ser resguardado.* [**Grifei**.]

Não se ignora, senhora presidente, **que refoge**, aos **estreitos** limites da ação mandamental, **o exame** de fatos **despojados** da necessária liquidez, **pois** o "*iter*" procedimental do mandado de segurança **não comporta a possibilidade**

de instauração incidental de um momento **de dilação probatória**, **consoante adverte** a doutrina (ALFREDO BUZAID, "**Do Mandado de Segurança**", vol. I/208, item n. 127, 1989, Saraiva) **e proclama** o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

> ***Refoge**, aos estreitos limites da ação mandamental, **o exame** de fatos **despojados** da necessária liquidez, **pois** o **iter** procedimental do mandado de segurança **não comporta** a possibilidade **de instauração incidental** de uma fase de dilação probatória.*
>
> *– **A noção** de direito líquido e certo **ajusta-se**, em seu específico sentido jurídico, ao **conceito** de situação que deriva **de fato certo**, vale dizer, de fato **passível** de comprovação documental **imediata e inequívoca**.* [**MS 20.882/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

A jurisprudência desta Suprema Corte, por isso mesmo, **tem advertido**, em **inúmeras** decisões (**RTJ** 124/948, ***v.g.***), que "*O mandado de segurança **não é meio idôneo** para o exame de questões cujos fatos não sejam certos*" (**RTJ 142/782**, rel. min. MOREIRA ALVES).

O Supremo Tribunal Federal, **ao pronunciar-se** sobre esse **específico** aspecto do tema, **deixou consignado** que a discussão em torno do próprio significado de **direito líquido e certo** – que traduz **requisito** viabilizador da utilização do "*writ*" mandamental – **veicula** matéria de caráter **eminentemente** processual, mesmo porque a **noção de liquidez**, "*que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, **diz respeito aos fatos***" (**RTJ 134/681**, rel. p/ o ac. min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 171/326-327**, rel. min. ILMAR GALVÃO – **RE 195.192/RS**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **RMS 23.443/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RMS 23.720/GO**, rel. min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***):

> *O "direito líquido e certo", pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (...).* [**RTJ 133/1314**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.]

> *A formulação conceitual de direito líquido e certo, que constitui requisito de cognoscibilidade da ação de mandado de segurança, encerra (...) noção de conteúdo eminentemente processual.* [**RTJ 134/169**, rel. p/ o ac. min. CELSO DE MELLO.]

Daí o incensurável magistério do saudoso CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Do Mandado de Segurança**", p. 15, 1978, Saraiva), **para quem** "(...) o direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Consequentemente, direito líquido e certo é 'conditio sine qua non' do conhecimento do mandado de segurança, mas não é 'conditio per quam' para a concessão da providência judicial" (**grifei**).

Registre-se, neste ponto, por necessário, que esta Corte, em **sucessivas** decisões, tem assinalado que o **direito líquido e certo**, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, **tão somente**, aquele que concerne **a**

fatos incontroversos, constatáveis, **de plano**, mediante prova literal inequívoca (**RE 269.464/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO):

> *(...) direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco.* [**RTJ 83/130**, rel. min. SOARES MUÑOZ – **Grifei**.]

> *O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca (...)* [**RTJ 83/855**, rel. min. SOARES MUÑOZ – **Grifei**.]

É por essa razão que a doutrina acentua a **incomportabilidade** de qualquer **dilação probatória** no âmbito desse "writ" constitucional, **que supõe** – insista-se – **a produção liminar**, pelo impetrante, das provas literais **pré-constituídas**, destinadas a evidenciar a **incontestabilidade** do direito público subjetivo invocado pelo autor da ação mandamental.

Por isso mesmo, **adverte** HELY LOPES MEIRELLES ("**Mandado de Segurança**, **Ação Popular**, **Ação Civil Pública**, **Mandado de Injunção e Habeas Data**", p. 37/38, 29. ed., **atualizada** por Arnoldo Wald **e** Gilmar Ferreira Mendes, 2006, Malheiros), "As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial (...). O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante" (**grifei**).

Ocorre, no entanto, **que esse entendimento** – a cujo respeito **não há qualquer controvérsia** na doutrina **e** na jurisprudência – **não se aplica** ao caso ora em exame, **pois**, **ao contrário** do que sustenta o litisconsorte passivo necessário, **os fatos subjacentes** a este litígio mandamental **acham-se plenamente comprovados**, eis que os documentos (juridicamente idôneos) que os atestam, **além de produzidos**, pelos impetrantes, nos autos, **ensejam amplo conhecimento** da matéria em debate, **não havendo que se falar**, portanto, **em iliquidez**.

Com efeito, **o exame** destes autos **revela** que se produziram, **com** a impetração mandamental, **elementos** essenciais à exata compreensão da matéria em debate, **bastando referir**, dentre **outras** peças documentais, **aquelas** reproduzidas, por cópia **ou** não, concernentes **ao requerimento** de criação da comissão parlamentar de inquérito, **acompanhado** da respectiva Justificação (fls. 17v./18v.); à conferência **e ao reconhecimento** da satisfação da exigência do número mínimo de assinaturas (fl. 19); **ao ato da Presidência da Câmara dos Deputados** que reconheceu, formalmente, **a criação** da CPI em causa (fl. 25v.); à suscitação **e ao indeferimento** da questão de ordem formulada pelo senhor líder do PT (fls. 25v./28); à interposição **e ao processamento** do recurso **deduzido** contra o indeferimento da referida questão de ordem (fls. 28 e 28v.); à outorga de efeito suspensivo, **pelo Plenário** da Câmara dos Deputados, ao Recurso 14/2007 (fl. 109).

Demais disso, e prestadas **as informações** pela autoridade apontada como coatora, **documentaram-se**, ainda, fatos supervenientes à própria impetração mandamental, **como** o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e

de Cidadania (fls. 347/348 **e** 353/392) **e a deliberação do Plenário** da Câmara dos Deputados, **acolhendo** o recurso interposto pelo senhor líder do PT **e invalidando**, por votação majoritária, **o ato de criação** da mencionada CPI (fl. 352).

Cumpre assinalar, por isso mesmo, **que a possibilidade de compreensão** dos pontos concernentes ao debate suscitado na presente causa, além de ampla, **decorre**, de maneira imediata, **dos próprios documentos** que a parte impetrante, ela mesma, **produziu**, "ex ante", **quando** da impetração **deste** mandado de segurança.

A situação versada nestes autos, desse modo, **reveste-se de evidente liquidez**, eis que a pretensão ora deduzida na presente sede mandamental **tem suporte documental** em provas juridicamente idôneas, **que permitem** compreender, delimitar **e** examinar a controvérsia constitucional veiculada nesta causa.

Afasto, por isso mesmo, **essa segunda questão prévia suscitada** pelo litisconsorte passivo necessário.

Há, ainda, **uma terceira questão preliminar**, a ser examinada **e** que, **igualmente** suscitada pelo litisconsorte passivo necessário, **prende-se ao fato de que não se revelaria lícito**, ao Supremo Tribunal Federal, **conhecer** do presente mandado de segurança, porque – **segundo sustentado** pelo senhor líder do PT – **discutem-se**, nesta causa, **questões** de caráter **meramente** regimental, **impregnadas** de natureza "interna corporis", **insuscetíveis de apreciação** em sede jurisdicional por esta Suprema Corte, **considerado** o princípio constitucional da separação de poderes.

Ao sustentar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal **conhecer** da presente ação mandamental, o litisconsorte passivo necessário **apoiou-se** nas seguintes razões (fls. 342 **e** 345):

> ***Preclusa e superada encontra-se também a possibilidade*** *de o Supremo Tribunal Federal* ***deliberar acerca das questões internas*** *perpetradas no âmbito da Câmara dos Deputados* ***e que tem e teve*** *seu fundamento de validade* ***em norma regimental específica****.*
>
> ***Com efeito****, todo o cerne do Mandado de Segurança impetrado* ***está substanciado*** *na suposta frustração dos direitos da minoria* ***através do acatamento*** *do Recurso com efeito suspensivo pela Presidência da Câmara dos Deputados.*
>
> ***Entretanto****, como restou aclarado ao norte,* ***o Recurso*** *manejado pelo Deputado Luiz Sérgio* ***encontra seu fundamento de validade no Regimento Interno*** *da Câmara dos Deputados* ***e na própria*** *Constituição Federal,* ***não tendo havido****, à toda evidência,* ***qualquer*** *exorbitância ou ilegalidade na sua admissão e provimento.*
>
> *(...)*
>
> ***Afirma-se****, por derradeiro, que,* ***tendo*** *a Câmara dos Deputados* ***definido*** *em toda a sua essência* ***a inviabilidade constitucional*** *do Requerimento n. 1/2007,* ***prejudicados*** *encontram-se os pedidos liminares formulados na peça vestibular,* ***na medida*** *em que seu eventual deferimento,* ***que se admite*** *apenas para argumentar,* ***implicaria*** *na declaração de invalidade* ***e*** *até mesmo*

inconstitucionalidade das normas regimentais recursais ***e****, nessa quadra,* ***da possibilidade*** *de o Poder Judiciário* ***intervir na seara*** *"****interna corporis****" do Parlamento.* [**Grifei**.]

Entendo não assistir razão ao litisconsorte passivo necessário, **porque**, ao contrário do que por ele sustentado, **a discussão** na presente causa **não se cinge** a um debate de caráter **meramente** regimental, **eis que o fundamento em que se apoia** a presente impetração mandamental **concerne** à alegação de ofensa a direitos **impregnados** de estatura constitucional, **o que legitima**, por si só, **afastado** o caráter "interna corporis" do comportamento ora impugnado, **o exercício**, pelo Supremo Tribunal Federal, **da jurisdição** que lhe é inerente.

Na realidade, **e como bem observou** o eminente procurador-geral da República, em seu douto parecer (fl. 436, **item n**. **25**), "O exame da legitimidade da interferência dessa Corte na atuação (ou omissão) legislativa questionada e de possível caracterização de ofensa à separação de poderes confunde-se com o próprio mérito do 'writ' – uma vez envolvida na análise a questão da extensão da prerrogativa conferida à minoria parlamentar pela Constituição da República (...)" (**grifei**).

Cabe observar, por isso mesmo, neste ponto, **que o exame** da postulação deduzida na **presente** sede mandamental **justifica** – **na estrita perspectiva** do princípio da separação de poderes – **algumas reflexões prévias** em torno das **relevantíssimas** questões **pertinentes** ao controle jurisdicional do poder político **e** às implicações jurídico-institucionais que necessariamente decorrem do exercício do "*judicial review*".

Como sabemos, o **regime** democrático, **analisado** na perspectiva das delicadas relações entre o Poder **e** o Direito, **não tem condições** de subsistir, **quando** as instituições políticas do Estado **falharem** em seu **dever de respeitar** a Constituição **e** as leis, **pois**, sob esse sistema de governo, **não poderá jamais prevalecer** a vontade **de uma só** pessoa, **de um só** estamento, **de um só** grupo **ou**, ainda, **de uma só** instituição.

Impõe-se, por isso mesmo, **a todos** os Poderes da República (**e aos membros** que os integram), **o respeito incondicional** aos valores que informam a declaração de direitos **e** aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a própria organização do Estado.

Delineia-se, nesse contexto, **a irrecusável** importância jurídico-institucional do Poder Judiciário, **investido do gravíssimo encargo** de fazer prevalecer a **autoridade** da Constituição **e** de preservar a **força** e o império das leis, **impedindo**, desse modo, **que se subvertam** as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, **em ordem a tornar essencialmente controláveis**, **por parte** de juízes e tribunais, os atos estatais **que importem em transgressão** a direitos, garantias e liberdades fundamentais **assegurados** pela Carta da República.

A controvérsia suscitada na presente causa **subsume-se**, com plena adequação, **à esfera de cognoscibilidade** do Poder Judiciário, **eis que**, no processo sob apreciação desta Suprema Corte, a parte impetrante **sustenta a impossibilidade de a maioria**, nas Casas legislativas, **frustrar** o exercício, **pelas minorias**

parlamentares, de prerrogativas político-jurídicas a estas asseguradas pela própria Constituição da República, **como sucede** com o exercício do poder de instauração de inquéritos parlamentares (**CF**, art. 58, § 3º).

Vê-se, daí, **na perspectiva** do caso ora em exame, **que a intervenção do Poder Judiciário**, nas hipóteses de **suposta** lesão a direitos subjetivos **amparados** pelo ordenamento jurídico do Estado, **reveste-se** de plena legitimidade constitucional, **ainda** que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica **do Poder Legislativo**, como se registra naquelas situações em que se atribuem, à instância parlamentar, condutas **alegadamente** tipificadoras de abuso de poder, **seja** por ação, **seja** por omissão.

Isso significa, portanto – **considerada** a fórmula política do regime democrático – que **nenhum** dos Poderes da República está **acima** da Constituição e das leis. **Nenhum** órgão do Estado – **situe-se** ele no Poder Judiciário, **ou** no Poder Executivo, **ou no Poder Legislativo** – **é imune** à força da Constituição **e** ao império das leis.

Uma decisão judicial – **que restaure** a integridade da ordem jurídica **e que torne efetivos** os direitos assegurados pelas leis **e** pela própria Constituição da República – **não pode ser considerada** um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo, **consoante** já proclamou, em **unânime** decisão, o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 175/253**, rel. min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 176/718**, rel. min. NÉRI DA SILVEIRA, ***v.g.***):

> *O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.*
>
> *– A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.*
>
> *Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do poder público ou de qualquer instituição estatal.*
>
> *– O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.*
>
> *O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.*
>
> *Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma comissão parlamentar de inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República.* [**RTJ 173/806**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Ninguém ignora, senhora presidente, que o **controle** do poder constitui uma **exigência** de ordem político-jurídica **essencial** ao regime democrático.

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, **ao consagrar o princípio da limitação de poderes**, teve por objetivo instituir modelo destinado a **impedir** a formação de **instâncias hegemônicas de poder** no âmbito do Estado, **em ordem a neutralizar**, no plano político-jurídico, a possibilidade de **dominação institucional** de **qualquer** dos Poderes da República (**ou daqueles** que os integram) **sobre** os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais **possa** conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, **pela opressão do poder**, os direitos e garantias individuais, **inclusive** aqueles assegurados **às minorias** nas Câmaras legislativas (**como** o direito de oposição **e** a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), **atribuiu-se**, ao Judiciário, **a função eminente de controlar os excessos** cometidos **por qualquer** das esferas governamentais, **quando** seus órgãos, agentes **ou**, até mesmo, grupos majoritários que atuam no Parlamento, **p**. **ex**., **incidirem** em abuso de poder **ou** em desvios inconstitucionais no desempenho de sua competência institucional.

Em suma: **a estrita observância** dos direitos e garantias, **notadamente** quando se alegar, **como se sustenta** na espécie, **transgressão ao estatuto constitucional** das minorias parlamentares, **traduz fator de legitimação** da atividade estatal. **Esse dever de obediência** ao regime da lei **e** da Constituição **se impõe a todos** – magistrados, administradores **e legisladores**.

É que o poder **não se exerce** de forma ilimitada. No Estado Democrático de Direito, **não há lugar** para o poder absoluto.

A separação de poderes – consideradas as circunstâncias históricas que **justificaram** a sua concepção no plano da teoria constitucional – **não pode ser jamais invocada** como princípio destinado **a frustrar a resistência jurídica** a qualquer ensaio de opressão estatal **ou a inviabilizar** a oposição a qualquer tentativa de comprometer, **sem** justa causa, o exercício do direito de investigar, **em sede** de inquérito parlamentar, abusos que possam ter sido cometidos pelos agentes do Estado.

A qualificação constitucional do direito público subjetivo **invocado** pelos ora impetrantes, **que alegam** – **enquanto integrantes da minoria parlamentar** na Câmara dos Deputados – **desrespeito** à prerrogativa que lhes é assegurada pelo art. 58, **§ 3º**, da Constituição, **apresenta-se** claramente evidenciada no caso ora em exame, **em ordem a viabilizar**, por isso mesmo, **o conhecimento**, por esta Suprema Corte, **da presente** ação de mandado de segurança, **eis** que a controvérsia instaurada **nesta** sede processual **não** se resume, **não** se reduz **nem se degrada** à condição de um tema **revestido** de caráter **meramente** regimental.

Ao contrário, as alegações deduzidas pela parte impetrante **põem em evidência**, na espécie em exame, **a inquestionável magnitude constitucional** do fundamento jurídico **em que se apoia** esta impetração, **notadamente se se**

considerarem os precedentes **já estabelecidos**, na matéria, **por esta** Suprema Corte:

> *1. A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando, porém, ao próprio parlamento o seu destino.*
>
> *2. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais – garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais.*
>
> *3. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembleia Legislativa. Precedentes.*
>
> *4. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembleia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no art. 58 da CB/1988.* [**ADI 3.619/SP**, rel. min. EROS GRAU – **Grifei**.]

> *Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.*
>
> *– A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.* [**MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

É importante assinalar (e relembrar), senhora presidente, que o Supremo Tribunal Federal – **não desconhecendo** as delicadas questões **que podem surgir** das controvérsias instauradas **em torno** de matérias **que transitam** entre a esfera do direito **e** o domínio da política – **consolidou** orientação jurisprudencial, **firmada** desde a primeira década republicana (**HC 1.073/DF**, rel. min. LÚCIO DE MENDONÇA, 1898) **e desenvolvida** ao longo do período histórico subsequente, **notadamente** durante a Primeira República (**HC 3.536/DF**, rel. min. OLIVEIRA RIBEIRO, 1914 – **HC 3.554/DF**, ENÉAS GALVÃO, 1914 – **HC 3.697/DF**, rel. p/ o ac. min. ENÉAS GALVÃO, 1914 – **HC 4.014/PI**, rel. p/ o ac. min. GUIMARÃES NATAL, 1916 – **HC 8.800/RJ**, rel. min. GUIMARÃES NATAL, 1922), **no sentido de reconhecer plenamente legítima** a intervenção do Poder Judiciário, **sempre que provocado a amparar** direitos **e** garantias de natureza constitucional, **quando** alegadamente desrespeitados por atos dos Poderes políticos (Legislativo **e** Executivo), **sem que** os magistrados **e** tribunais, ao assim procederem, **incidam** em transgressão ao princípio fundamental da separação de poderes, **tal como** esta Suprema Corte, **fiel** à sua elevada missão institucional, **tem proclamado** com especial ênfase:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do poder público ou de qualquer instituição estatal.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. [**RTJ 173/805-810**, **806**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Essa compreensão do tema, **que se tem refletido**, historicamente, **na prática jurisprudencial** do Supremo Tribunal Federal, **ao longo** do período republicano, **em torno da cognoscibilidade** das denominadas "questões políticas", **encontra perfeita tradução** em douto voto proferido, **em 1922**, pelo saudoso e eminente ministro GUIMARÃES NATAL, **quando** do julgamento do **HC 8.584/DF**, rel. min. Muniz Barreto ("**Revista do Supremo Tribunal Federal**", volume 42/135-221, **192-194**):

Nunca professei a doutrina que considera as questões políticas como absolutamente impenetráveis aos olhos investigadores da Justiça, que deverá ter sempre por impecáveis, na sua constitucionalidade e na sua conformidade à Lei, as soluções que lhe houverem dado os poderes políticos a cuja competência constitucional pertencerem. Nos regimes, como o nosso, de constituição escrita, os poderes são limitados, e as limitações excluem a discrição e o arbítrio. Se, no exercício de suas funções, qualquer dos poderes políticos exorbita, lesando um direito, o direito lesado pela exorbitância poderá reclamar a sua reintegração ao Judiciário, o poder especialmente preposto pela Constituição a tais reintegrações. E a ação do Judiciário não se poderá deter diante de uma questão política, sob o pretexto de que é ela atribuída privativamente a um poder político, porque privativa do Congresso Nacional é a decretação das leis e o Judiciário declara-as inaplicáveis, quando contrárias à Constituição; privativos do Executivo são atos que o Judiciário anula, quando, contrariando a Constituição e as leis, lesam um direito.

(...)

Nos regimes de Constituição escrita, de poderes limitados, a Lei Fundamental é, na frase de "Cooley", a regra absoluta de ação e decisão para todos os poderes públicos e para o povo, e tudo quanto em oposição a ela se faz é substancialmente nulo.

Mas para que a Constituição mantivesse esta preeminência de regra absoluta de ação e decisão, que lhe dera o povo, decretando-a, era necessário criar um órgão que fosse dela a encarnação viva, que a interpretasse soberanamente, irrecorrivelmente, que com ela confrontasse as Leis e os atos dos poderes públicos e até do próprio povo e que tivesse o poder de declarar tais Leis e tais atos

insubsistentes quando desconformes aos princípios nela consagrados. Esse órgão no nosso regime, como nos semelhantes ao nosso, é o Poder Judiciário Federal (...).

(...)

Dada uma violação da Constituição, parta de quem partir, verse sobre que matéria versar, desde que contra ela se insurja um direito individual lesado e invoque, em processo regular, o amparo e proteção do Judiciário, é este, sob pena de incorrer em denegação de Justiça, obrigado a conhecer do caso e julgá-lo. [**Grifei**.]

Esses precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal **situam-se na linha** dos grandes julgamentos **desta** Suprema Corte, **cujas decisões** assinalam **e** acentuam que os direitos e garantias constitucionais **só se afirmam**, **quando passíveis** de eficácia prática **e suscetíveis** de efetiva concretização, **pois** tais prerrogativas, **asseguradas** pela Constituição (**inclusive** aquelas titularizadas pelas minorias parlamentares), **de nada** valerão **e nenhum** significado terão, **se** não forem observadas **e** plenamente respeitadas, **impondo-se**, até mesmo, **se necessário for**, a intervenção moderadora **desta** Suprema Corte, **tal como observou**, em douto voto, o eminente ministro GUIMARÃES NATAL, **relator** do HC 8.800/RJ ("**Revista do Supremo Tribunal Federal**", vol. 47/172-193, **179**, 1922):

Quanto à competência do Tribunal para conhecer das questões suscitadas no processo e decidi-las nada posso acrescentar *ao já tantas vezes dito e redito pelos eminentes colegas em grande cópia de acórdãos que ilustram a nossa jurisprudência.* ***De três dos julgados*** *que os pacientes invocam* ***fui o relator*** *em espécies idênticas.*

Tenho sempre sustentado *que,* ***nos regimes*** *como o nosso,* ***de poderes limitados, era necessária a existência*** *de um poder* ***que fizesse respeitadas****, pelos outros poderes, as limitações constitucionais,* ***contendo-os*** *dentro da órbita de suas atribuições* ***um em relação ao outro*** *e ambos em relação aos Estados* ***e esse poder é o Judiciário****, por ser o que, para impor obediência às suas decisões, só tem o prestígio moral e jurídico que os revestir.*

No exercício *desta alta função,* ***tem*** *o Tribunal,* ***mais de uma vez****, amparado o regime* ***contra*** *os ataques das ambições partidárias incontidas.* [**Grifei**.]

EPITÁCIO PESSOA – que foi ministro do Supremo Tribunal Federal por dez anos (1902/1912) **e** presidente da República (1919/1922) –, **pronunciando-se**, certa vez, **como senador da República**, da tribuna daquela Alta Casa do Congresso Nacional, sobre decisão **proferida** por esta Corte Suprema **a propósito** do conhecimento de determinada causa **alegadamente** revestida de índole exclusivamente política, **expendeu** considerações **que conservam** impressionante atualidade em face do quadro atual.

Disse, então, **EPITÁCIO PESSOA**, em tal oportunidade, em pronunciamento parlamentar **com que justificou** a plena legitimidade da intervenção **desta** Suprema Corte **na resolução** de litígio, que, **embora** impregnado de componente político, **apresentava-se** revestido de qualificação constitucional ("**Revista do Supremo Tribunal Federal**", vol. I – Segunda Parte, agosto a dezembro/1914, p. 387/390):

Diz-se, senhor presidente, que se trata de casos políticos e que o Supremo Tribunal não pode conhecer de questões políticas.

(...)

(...) Para mim, e nisto nada mais faço do que seguir a opinião dos competentes, o Poder Judiciário tem jurisdição para conhecer de todas as questões políticas, desde que a solução delas seja indispensável à garantia de um direito consagrado em lei ou na Constituição (...). [**Grifei**.]

É importante observar que o Supremo Tribunal Federal, **nesse processo histórico** de construção de sua jurisprudência **em torno** da denominada "*doutrina das questões políticas*", **sempre teve presente** que o sistema democrático, **para subsistir** – e assim preservar a integridade de suas instituições –, **deve dispor** de mecanismos que lhe permitam conviver com tensões resultantes de litígios **subjacentes** a antagonismos que se registram na arena política.

Um desses mecanismos, **cuja atuação permite superar** situações de tensão dialética **que opõem** grupos políticos no âmbito **e** na estrutura da instituição parlamentar, **reside** na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, **a quem incumbe** – uma vez configurada a controvérsia constitucional – **desempenhar** função arbitral, **que reconstrua e restaure** direitos injustamente lesados. **Essa é a missão institucional** do Poder Judiciário. **Essa é a função moderadora**, em tema de conflitos institucionais, **de que se acha investido**, por expresso mandato constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

Não foi por outra razão que o E. Plenário **desta** Suprema Corte, **ao analisar** hipótese semelhante **à que se registra** na presente espécie – **e ao reconhecer** que a atividade parlamentar **poderia configurar** inaceitável obstáculo a direitos **impregnados** de natureza constitucional –, **considerou legítima** a atuação do Poder Judiciário, **sempre** que invocada a sua intervenção **com a finalidade de impedir** a perpetração de abusos legislativos **ou**, quando consumados, **de restaurar** direitos e garantias injustamente atingidos:

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.

– O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo.

– Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.

– A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma comissão parlamentar de inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos

legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. [**MS 24.847/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Não se pode desconhecer, portanto, **a extrema relevância** da matéria ora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, **notadamente** porque a natureza do tema em exame – **tal como acentuado**, com particular ênfase, **pelo magistério doutrinário** (J. M. SILVA LEITÃO, "**Constituição e Direito de Oposição**", 1987, Almedina, Coimbra; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 309/312, 1998, Almedina, Coimbra; DERLY BARRETO E SILVA FILHO, "**Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário**", p. 131/134, item n. 3.1, 2003, Malheiros; JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação**", p. 169/170, item n. 2.1.2, 2004, Fabris; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Comissão Parlamentar de Inquérito**", p. 216, item n. 5, 2001, Saraiva; MANOEL MESSIAS PEIXINHO/RICARDO GUANABARA, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípios**, **Poderes e Limites**", p. 76/77, item n. 4.2.3, 2001, Lumen Juris; MARCOS EVANDRO CARDOSO SANTI, "**Criação de Comissões Parlamentares de Inquérito**: **Tensão entre o direito constitucional de minorias e os interesses políticos da maioria**", 2007, Fabris Editor, ***v.g.***) – **impõe o reconhecimento de que existe**, em nosso sistema político-jurídico, **um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares**, cuja transgressão, pelos órgãos do Poder (**ou pelos próprios grupos majoritários** que atuam no âmbito do Parlamento), **legitima a intervenção** desta Suprema Corte, **que tem plena consciência** do significado que **deve** assumir, **para o regime democrático**, a efetiva **proteção jurisdicional** ao direito de oposição, **analisado** na perspectiva **da prática republicana** das instituições parlamentares.

Vale referir, ante a sua extrema pertinência, **a lição** do saudoso e eminente professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/189-194), **cujo teor** – aplicado ao caso ora em exame – **põe em relevo** o substrato constitucional **legitimador** do conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, **da presente** controvérsia jurídico-institucional:

> *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.*
>
> *(...)*

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. [**Grifei**.]

É por isso mesmo, senhora presidente, que o comportamento ensejador do presente "writ" – **consistente na submissão** do ato de criação **da mencionada** CPI à vontade majoritária da Câmara dos Deputados, **mediante** recurso ao Plenário **admitido** pelo senhor presidente dessa Casa legislativa – **não configura nem se qualifica** como ato "interna corporis", **eis que**, como **precedentemente** já ressaltado, a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **desde** a primeira década de nossa experiência republicana, **vem consagrando** a possibilidade jurídico-constitucional **de fiscalização** de determinados atos ou omissões do Poder Legislativo, **quando** alegadamente **eivados** do vício da inconstitucionalidade, **sem que o Supremo Tribunal Federal**, ao assim proceder, vulnere o postulado fundamental da separação de poderes.

A imperiosa necessidade de fazer prevalecer a supremacia da Constituição, **a que se acha** necessariamente subordinada a vontade **de todos** os órgãos e agentes do Estado que se revelam depositários das funções político-jurídicas definidas pela teoria da separação de poderes, de um lado, **e a inafastável obrigação de tornar efetivas** as cláusulas constitucionais que dispõem, **em caráter mandatório e vinculante**, sobre os direitos das minorias parlamentares, de outro, **legitimam**, plenamente, na espécie em julgamento, **o conhecimento** do presente litígio **e a consequente atuação** do Supremo Tribunal Federal, **especialmente se se considerar** a invocação dos ora impetrantes **de que teria havido** a frustração arbitrária do direito dos grupos minoritários à instauração de investigação parlamentar, **não obstante requerida**, no caso, em ato que **alegadamente** observou os **demais** requisitos constitucionais, por 211 deputados (**mais do que o mínimo**, portanto, exigido pelo art. 58, **§ 3º**, da Constituição).

Não constitui demasia relembrar, senhora presidente, **que o princípio** da separação de poderes **não pode ser invocado** para estabelecer, **em torno** de um dos órgãos da soberania nacional, **um indevassável círculo de imunidade que torne insuscetível** de revisão judicial, atos **ou** omissões emanados das Casas legislativas, **ainda mais** naquelas situações em que, **das condutas** impugnadas, **derive alegada vulneração** a direitos titularizados por membros da Câmara dos Deputados, **mesmo** que – tal como sucede na espécie – **sejam integrantes** dos grupos parlamentares **minoritários**.

O senhor líder do Partido dos Trabalhadores, litisconsorte passivo necessário, ao sustentar, **sem razão**, o caráter "interna corporis" dos atos ora impugnados, **pretende impedir**, com tal alegação, que o Supremo Tribunal Federal possa conhecer **deste** litígio **revestido** de caráter **iniludivelmente** constitucional. **Não lhe assiste razão**, porém, **eis** que essa pretensão, manifestada pelo senhor líder do PT, **de frustrar** o debate judicial em torno **de tão relevante** questão jurídica,

revela-se conflitante com a própria essência **e** com os valores que informam o ordenamento constitucional brasileiro.

Nada impede, pois, **em situações** como a de que ora se cuida, **que o Supremo Tribunal Federal**, regularmente provocado **por quem dispõe** de legitimidade ativa "ad causam" – **como os membros** da Câmara dos Deputados (**RDA 193/268**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 22.494/DF**, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA – **MS 24.848/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***) –, **venha a exercer o poder** que a própria Lei Fundamental **outorgou** a esta Corte, **autorizando-a** a proclamar, **quando for o caso**, a ilegitimidade constitucional de atos **que possam transgredir** a cláusula da Constituição **que ampara**, no âmbito das Casas legislativas, **as minorias parlamentares** que nelas atuam.

Se é certo, portanto, que os atos "interna corporis" **e** os de índole política **são abrangidos** pelos círculos de imunidade **que excluem** a possibilidade de sua revisão judicial, **não é menos exato** que essa particular qualificação das condutas legislativas **não pode justificar ofensas** a direitos públicos subjetivos que os congressistas titularizam **e que lhes conferem** a prerrogativa institucional **de estrita observância**, por parte do órgão a que pertencem, **das normas constitucionais** pertinentes à organização **e** ao funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.

É por essa razão que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **jamais tolerou** que a invocação da natureza "interna corporis" do ato emanado das Casas legislativas pudesse constituir um **ilegítimo** manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários do Poder Legislativo. **É que**, consoante observa PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo III/644, 3. ed., 1987, Forense) – **ainda que acentuando a incognoscibilidade judicial** das questões políticas **atinentes** à oportunidade, conveniência, utilidade **ou** acerto do ato emanado do órgão estatal –, "sempre que se discute se é constitucional ou não, o ato do poder executivo, ou do poder judiciário, ou do poder legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica" (**grifei**).

Impõe-se rememorar, bem por isso, **lapidar** decisão proferida **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, que, **ao julgar o MS 1.959/DF**, rel. min. LUIZ GALLOTTI, **reconheceu**, em votação unânime, **a existência de jurisdição** desta Suprema Corte sobre controvérsia motivada **por deliberação político-administrativa** da Câmara dos Deputados, **de que resultara** – consoante então sustentado pelo impetrante – **injusto gravame** a direito individual por ele titularizado, **afastando-se**, em consequência, **a questão prejudicial de incognoscibilidade** do "writ" mandamental.

O voto que **então** proferiu, nesse julgamento, o saudoso ministro NELSON HUNGRIA **assim analisou o tema referente à possibilidade de conhecimento**, pelo Poder Judiciário, de litígio constitucional, **ainda que impregnado** este de forte coloração política:

(...) ***alega-se que se trata na espécie de matéria que escapa à censura do Poder Judiciário, por isso que consiste numa "resolução" votada pela Câmara dos Deputados sobre assunto político-administrativo, compreendido no âmbito da sua atuação discricionária****. É o que se depreende das informações prestadas pela ilustre Mesa da Câmara dos Deputados.*

Entendo que não é exata, assim formulada, a pretensa imunidade do Poder Legislativo. Como muito bem acentuou o eminente senhor ministro relator, constitui, hoje, ponto morto, que é irrelevante indagar se se trata, ou não, de ato político, para que seja excluída ou admitida a intervenção do Poder Judiciário. O que há a indagar é se o ato, político ou não, lesa um direito individual, um interesse individual legalmente protegido.

Se se apresenta essa lesão direta, esse dano imediato a um direito individual, surge a possibilidade, a legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário. Evidentemente, não pode o Supremo Tribunal Federal arrogar-se a faculdade de praticar ou obstar a política legislativa, como não pode criticar ou inibir a política do Poder Executivo. Não pode o Poder Judiciário entender, por exemplo, que determinada medida tomada por qualquer dos dois outros Poderes não atende ao interesse nacional. Haveria, com isso, uma evidente usurpação de poder, uma indébita intromissão do Judiciário. Ainda que dessa medida possa decorrer, por via remota ou indireta, qualquer dano a interesse privado, será defeso ao Judiciário intervir. O indivíduo, atingido em ricochete, não poderia vir bater às portas do Supremo Tribunal Federal, porque as encontraria fechadas. Mas, desde que se identifique lesão direta e imediata a direito individual, aí pode interferir o Judiciário, e isto está escrito com todas as letras na Constituição, no cujo art. 141, § 4º, dispõe que nenhuma lesão a direito individual escapará à apreciação do Poder Judiciário. Não há que renovar discussão em torno do tema; não é mais possível estar-se a revolver debates de um passado longínquo, do tempo em que Ruy Barbosa ensinava o ABC do Direito Constitucional no Brasil. No caso, apresenta-se o seguinte: um mandado de segurança contra um ato político-administrativo da Câmara dos Deputados, que terá como consequência direta a violação de um interesse individual legalmente tutelado, qual seja o sigilo bancário. Em tese, não pode haver dúvida sobre a competência do Poder Judiciário para conhecer do caso e resolvê-lo. [**Grifei**.]

Na realidade, **a exegese abusiva** da Constituição **não pode ser tolerada**, sob pena de converter-se **em inaceitável instrumento opressivo** de dominação política, **além de gerar uma inadmissível subversão** do ordenamento positivo fundado e legitimado pela própria noção de Estado Democrático de Direito, **que repele qualquer desrespeito** aos direitos públicos subjetivos titularizados pelos congressistas, **mesmo os que compõem**, como na espécie, **os grupos parlamentares minoritários**.

Os fundamentos em que se apoia a presente impetração **põem em evidência**, senhora presidente, **consoante sustentado** pelos ora impetrantes, prerrogativa político-jurídica **resultante do próprio texto da Constituição** (art. 58, § 3º), **supostamente desrespeitada** pelos grupos majoritários **que atuam** na Câmara dos Deputados, **mediante** utilização **alegadamente** inconstitucional **de meio regimental que propiciou o deslocamento**, em sede recursal, **para o Plenário** dessa Casa do Congresso Nacional, **da decisão final** sobre o ato de criação da CPI em causa.

Vê-se, desse modo, **que o presente** mandado de segurança **concerne** à discussão de um direito **que transcende**, por efeito de sua irrecusável qualificação constitucional, **o caráter meramente doméstico ou interno** da conduta **imputada** ao senhor presidente da Câmara dos Deputados, **que admitiu o processamento** de recurso **interposto** pelo senhor líder do PT, **e cujo acolhimento**, pelo Plenário dessa Casa legislativa, **por efeito** da deliberação majoritária de seus membros, **desconstituiu o ato de criação da CPI** em questão, **transgredindo**, desse modo – **segundo sustentam** os ora impetrantes –, **o estatuto constitucional** que protege, **com fundamento** no princípio democrático, **as minorias parlamentares** em atuação nos corpos legislativos, **assegurando-lhes**, dentre **outras** prerrogativas de índole político-jurídica, **aquelas** concernentes **ao direito** de fiscalizar, **ao direito** de se opor ao próprio Governo **e ao direito** de promover inquéritos parlamentares, **quando essenciais** à apuração **e** à neutralização de abusos praticados pelos agentes estatais.

Deixo de acolher, portanto, pelas razões expostas, **essa terceira questão prévia** suscitada pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores.

Registro, finalmente, que o eminente senhor presidente da Câmara dos Deputados, **ao prestar** informações a esta Suprema Corte, **sustentou a impossibilidade** de se conhecer do presente mandado de segurança, **invocando**, para tanto, **precedente** deste Tribunal **referente** à denominada "CPI dos Bancos" (**RTJ 163/176**, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA), **de que resultou o não conhecimento** daquela ação mandamental, **em julgamento** em que fiquei vencido **na honrosa companhia** dos eminentes ministros ILMAR GALVÃO, NÉRI DA SILVEIRA, MARCO AURÉLIO **e** SEPÚLVEDA PERTENCE, **pois entendíamos** que, **para além** de uma simples controvérsia regimental, **estava em debate** questão relevantíssima **pertinente** ao reconhecimento e preservação do direito das minorias legislativas ao inquérito parlamentar.

Essa preliminar de não conhecimento suscitada pelo senhor presidente da Câmara dos Deputados **não pode ser acolhida**, porque – **além de apoiada** em precedente de todo superado (**MS 22.494/DF** – "CPI dos Bancos") – **não tem o beneplácito** da jurisprudência desta Suprema Corte (**MS 24.849/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***), **que**, em sua atual composição, **reafirmou** a clássica orientação do Supremo Tribunal Federal, **que reconhece** a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário, **quando se registrar**, em determinado processo, como na espécie, **a alegação** de ofensa **a qualquer** direito **assegurado** pela Constituição da República (**MS 25.579-MC/DF**, rel. p/ o ac. min. JOAQUIM BARBOSA – **MS 25.647-MC/DF**, rel. p/ o ac. min. CEZAR PELUSO, ***v.g.***).

Tenho para mim que a preliminar suscitada pelo senhor presidente da Câmara dos Deputados, neste caso, **acha-se bem respondida – e rejeitada** – pelos fundamentos **constantes** dos votos vencidos **então** proferidos pelos eminentes ministros MARCO AURÉLIO **e** SEPÚLVEDA PERTENCE **no julgamento** do mandado de segurança **referente** à denominada "CPI dos Bancos":

MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Não posso endossar a óptica daqueles que chegam ao ponto de admitir até mesmo a possibilidade de, em face a conveniências momentâneas reinantes, a ilustrada maioria simplesmente rasgar o Regimento e ditar a regra de plantão para a disciplina da matéria. Esse modo de ver as coisas não se coaduna com o Estado Constitucional Democrático de Direito em que vivemos, nem com a pluralidade política encerrada pela própria Carta da República; não homenageia a necessidade de, em prol do almejado equilíbrio, preservar-se, acima de tudo, a atuação das minorias; alfim, resulta em fator conducente ao totalitarismo.

(...) Em jogo não está apenas o Regimento do Senado Federal, mas preceito da própria Constituição Federal; em questão está a intangibilidade do § 3º do art. 58 da Carta em vigor (...).

(...)

Senhor presidente, ***do texto extraio que uma comissão parlamentar de inquérito é instrumental colocado ao alcance*** *não da maioria, que tudo pode a partir do voto,* ***mas****, no tocante à instalação,* ***da minoria****, já que no preceito constitucional* ***cuida-se*** *de requerimento de um terço,* ***e não*** *dos restantes dois terços dos membros da Casa.* ***Na espécie dos autos*** *– e devemos ter presente o princípio da realidade –* ***houve o requerimento*** *formulado por um terço.* ***E aí****, por isso* ***ou*** *por aquilo,* ***tendo em conta*** *as repercussões do tema, o que noticiaram os veículos de comunicação, à época,* ***surgiu a toda poderosa maioria****, que, a pretexto de não se contar com verbas suficientes para prover despesas* ***dessa*** *comissão,* ***a chamada "CPI dos Bancos"*** *– e há verbas para muitas outras coisas –,* ***simplesmente fulminou*** *a comissão parlamentar de inquérito já instaurada.* ***Ora****, o Regimento Interno* ***condiciona*** *o alcance do preceito constitucional? É possível a inversão de valores? É possível potencializar-se o Regimento Interno da Casa,* ***colocando-se*** *em plano secundário o objetivo maior* ***do § 3º*** *do art. 58?* ***A prerrogativa não é assegurada à minoria****, uma vez que a maioria tudo pode?* ***Não****, senhor presidente.* ***Não posso****, reafirmo,* ***potencializar*** *o Regimento Interno,* ***potencializar o que vejo****, de forma desassombrada,* ***como um simples pretexto****, a inexistência de recursos,* ***e simplesmente dizer da ineficácia*** *do que se contém no § 3º do art. 58 da Constituição Federal.* [**Grifei**.]

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:

Hoje*, tem-se um grupo de parlamentares,* ***em número*** *indiscutivelmente bastante, à luz do art. 58, § 3º, da Constituição,* ***para requerer*** *a constituição de comissão parlamentar de inquérito,* ***a sustentar que violou a Constituição****, em primeiro lugar,* ***mas violou*** *também o próprio Regimento Interno do Senado Federal* ***a deliberação da maioria*** *que,* ***depois*** *de instalada a CPI,* ***veio a extinguir-la****,* ***provendo recurso*** *contra ato do presidente da Casa,* ***a pretexto da ausência*** *de fato determinado a investigar* ***e*** *da indicação do limite de despesas para o seu funcionamento, como seria exigido por norma regimental (na verdade, habitualmente não cumprida).*

Indaga-se*:* ***há direito subjetivo em jogo? A meu ver****,* ***sim****,* ***e direito fundamental: a CPI é instrumento básico da minoria; a maioria não precisa de CPI****. A* ***constituição*** *de comissões parlamentares de inquérito* ***para fiscalizar*** *o Governo,* ***sem*** *se converter antes em maioria, é direito fundamental da minoria e, portanto,* ***dos deputados*** *que, em* ***determinado*** *episódio,* ***a personalizam****, na medida em que firmam requerimento para investigação de fato que consideram relevante.*

*Por isso, sem adentrar no mérito, para não violar as fronteiras que a maioria se impôs, **conheço** do mandado de segurança.* [**Grifei**.]

Sendo assim, e por todas as razões que venho de expor, **rejeito a preliminar suscitada** pelo eminente senhor presidente da Câmara dos Deputados.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre mérito)

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Superadas**, desse modo, **as questões prévias** que venho de referir, **cabe examinar**, agora, **o fundo da controvérsia** delineado **nesta** ação de mandado de segurança.

Vale relembrar que, **na presente** impetração mandamental, **deduzida** perante esta Suprema Corte, os impetrantes **opuseram-se** ao ato da Presidência **que ordenou** o processamento do recurso **interposto** pelo senhor líder do PT, **já antevendo**, então, **o desfecho** que viria a consumar-se, em 21-3-2007, **quando** o Plenário da Câmara dos Deputados, **ao apreciar** tal recurso, **acolheu-o**, **determinando**, em consequência, **em função da invalidação** do ato da Presidência da Câmara dos Deputados – **que reconhecera preenchidos** os requisitos constitucionais **e** regimentais **necessários** à instauração da investigação parlamentar referida – **a extinção anômala** da CPI em questão.

O deputado Fernando Coruja, **que é um** dos litisconsortes ativos nesta sede mandamental, **sustentou que a interposição de recurso**, para o Plenário da Câmara dos Deputados, **em tema** de CPI, **só é cabível** "secundum eventum litis", vale dizer, **se e quando** o presidente dessa Casa legislativa **devolver**, a seus autores, **o requerimento** de criação de CPI (**RICD**, art. 35, § 2º), **por entender não satisfeitas** as exigências constitucionais **e** regimentais **pertinentes** à válida instauração do inquérito parlamentar.

Eis, no ponto, **o fundamento** no qual esse ilustre impetrante, **no Plenário** da Câmara dos Deputados, **apoiou a sua alegação** (fls. 35v./36):

> *Ora, só cabe recurso ao Plenário para CPI quando há negativa da Mesa para sua criação. É o dispositivo específico para CPI. Não cabe recurso ao Plenário para CPI, porque é questão específica. O dispositivo do art. 35, § 2º, do Regimento Interno se contrapõe ao que trata de questão de ordem. Como ela é genérica, deve prevalecer a disposição específica, porque há uma antinomia jurídica.*
>
> *O Regimento Interno, inteligentemente, prevê que só há recurso ao Plenário quando o Presidente negar. Como o Presidente confirmou o requerimento, evidentemente, então, não cabe recurso ao Plenário.* [**Grifei**.]

Em outra passagem, esta constante **da própria** impetração mandamental, **os autores** do presente "writ" – **enfatizando a inadmissibilidade** do recurso que o senhor líder do PT **interpôs** para o Plenário da Câmara dos Deputados, **objetivando a extinção** da CPI em causa – expuseram as seguintes razões (fls. 7 e 9):

(...) o Presidente da Câmara dos Deputados não pode desviar, suprimir, violar ou retardar competência de CPI já criada nos termos da Constituição, dando abrigo a indevido recurso contra decisão em questão de ordem.

(...)

Se o parlamentar que a formulou encontra dúvidas acerca da constitucionalidade do requerimento de criação da CPI, a sede de discussão sobre tais fundamentos jurídicos deve ser o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, e não o plenário da própria Câmara dos Deputados, sob pena do o direito da minoria ficar ao talante da maioria. [**Grifei**.]

O litisconsorte passivo necessário, no entanto – **ao defender a possibilidade** de submeter **ao Plenário** da Câmara dos Deputados, **mediante recurso**, **o exame final** sobre o ato da Presidência da Casa **que formalmente declarou criada** a CPI –, **sustenta** que tal entendimento **visa a impedir** que se instaurem, **abusivamente**, inquéritos parlamentares, **por iniciativa** das minorias legislativas, **que podem**, muitas vezes, **agir**, nesse domínio, de modo **abertamente** contrário ao que dispõe **a própria** Constituição da República.

Na realidade, o senhor líder do PT **sustenta** que o recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados, em tal situação, **qualifica-se** como verdadeiro instrumento de defesa da própria Constituição Federal, **na medida** em que busca preservar – **conforme** expressamente afirmou em sua contestação **a este** mandado de segurança – "os deveres e garantias insculpidos no texto da Carta da República, especificamente no que diz respeito aos requisitos delineados em seu art. 58, § 3º" (fl. 324).

Tendo presente esse específico contexto, **e ao determinar** a remessa deste processo ao eminente procurador-geral da República, para parecer, **expressamente acentuei** que a resolução **desta** controvérsia mandamental **dependeria**, essencialmente, **da resposta** à seguinte indagação (fl. 430): "pode, ou não, a maioria, sustentando a inobservância do art. 58, § 3º, da Constituição e valendo-se de meios regimentais (como a questão de ordem e o recurso), deslocar, para o Plenário da Câmara dos Deputados (onde os grupos majoritários são hegemônicos), a decisão final sobre a efetiva criação da CPI, vindo, desse modo, a frustrar o direito da minoria à investigação parlamentar?"

Entendo que não, senhora presidente. **É que** os grupos majoritários, muitas vezes **apoiando-se** em interpretações de mera conveniência político-partidária, **não podem desrespeitar** o direito que, **em tema** de investigação parlamentar, **assiste**, **constitucionalmente**, aos membros do Legislativo, **notadamente** aos que compõem os grupos **minoritários** que nele atuam, **observadas**, para esse efeito, as exigências do art. 58, **§ 3º**, da Constituição.

É que a prerrogativa institucional **de investigar** – deferida às Casas do Congresso Nacional (**especialmente aos grupos minoritários** que nelas atuam) – **não pode ser comprometida** pelo bloco **majoritário** existente no Parlamento.

Isso significa que a maioria, **a pretexto** de inobservância da Constituição, **não pode deslocar**, como sucedeu na espécie, **para o Plenário** das Casas

legislativas (a Câmara dos Deputados, **no caso**), **a decisão final** sobre a efetiva criação de determinada CPI, **sob pena de frustrar e nulificar**, de modo inaceitável **e** arbitrário, **o exercício**, pelo Legislativo (**e pelas minorias** que o integram), **do poder constitucional** de fiscalizar e investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, **notadamente** daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

Não foi por outra razão que o eminente senhor procurador-geral da República, **em fundamentado** parecer, **pronunciou-se**, com inteiro acerto, **no sentido de não se revelar possível** o deslocamento, **em sede recursal**, para o **Plenário** da Câmara dos Deputados, **da decisão final** sobre a criação **de qualquer** comissão parlamentar de inquérito, particularmente da CPI **a que se refere** esta impetração mandamental (fls. 436/440):

> *27. O julgamento da pretensão mandamental pressupõe resposta à seguinte indagação: é legítima a apresentação de questão de ordem e de recurso contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que aprova a instalação de CPI, em face do que dispõe o preceito constitucional de criação de comissões parlamentares de inquérito?*
>
> *(...)*
>
> *29. Vê-se que são apenas três os requisitos constitucionais exigidos para a criação de comissões parlamentares de inquérito: requerimento de um terço dos membros de uma ou das duas Casas Legislativas, apuração de fato determinado e fixação de prazo certo.*
>
> *30. A fixação de número reduzido de parlamentares que devem aderir à formulação de requerimento para a criação de CPI atende à vontade e propósito construídos ao longo do tempo no âmbito do direito constitucional interno e comparado, no sentido de estabelecer instrumento de controle cujo manejo ficasse à disposição e a cargo dos blocos parlamentares minoritários. (...).*
>
> *(...)*
>
> *32. Segue-se daí que a criação de CPI, nos termos precisos do regramento constitucional, não está condicionada à prévia discussão e consenso pela maioria parlamentar da Casa respectiva. O constituinte foi expresso ao prescrever que a CPI será criada, obedecidos os demais requisitos constitucionais já referidos, mediante requerimento de um terço dos membros de qualquer das Casas.*
>
> *33. Neste sentido já me pronunciei (Parecer 1.576-PGR-AF, em anexo) na ADI 3.619 julgada por essa Corte em 1º-8-2006, em que se reconheceu a inconstitucionalidade de norma do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo que submetia, à prévia manifestação do Plenário o pedido de constituição de CPI.*
>
> *34. Dessa concepção e sob ângulo diverso, mas por igual ou maior razão, decorre a conclusão de que, aprovada a sua instalação pela autoridade competente para tanto – o Presidente da Câmara dos Deputados, na espécie, consoante atribuição prevista no art. 35, § 2º, do Regimento Interno daquela Casa –, com o consequente reconhecimento pela referida autoridade da presença dos requisitos que a autorizam, concluído está o procedimento de criação em questão, não sendo cabível o questionamento "interno" de sua legitimidade, que implicaria retirar da minoria parlamentar o poder de decisão acerca do requerimento para a instauração de CPI e transferi-lo à maioria dos congressistas – se permitida a votação do recurso em plenário –, em evidente descompasso com o comando constitucional.*

35. Não obstante o esforço interpretativo desenvolvido pela maioria parlamentar, observa-se que a pretensão externada na questão de ordem apresentada no âmbito da Câmara não tem amparo, sequer regimental. O Regimento da Câmara, seguindo o delineamento do constituinte, estabeleceu que a decisão do requerimento de criação de CPI caberá a seu Presidente, admitindo-se a interposição de recurso dessa decisão exclusivamente quando desfavorável à pretensão de instalação da CPI.

36. A previsão genérica da possibilidade de formulação de questão de ordem para o saneamento de dúvida acerca da interpretação do Regimento Interno da Casa Legislativa ou de interposição de recurso contra atos da Presidência não tem aplicação no caso presente, seja porque há regra específica incidente sobre o procedimento de instalação de CPI (art. 35), seja porque, abstratamente admitida na hipótese, não poderia se sobrepor, em concreto, à regra da Constituição da República que garante o direito da minoria parlamentar de promover a criação da CPI.

37. Na hipótese dos autos, vê-se nítido propósito da maioria parlamentar de, valendo-se de supostas dúvidas regimentais, criar embaraços ao exercício daquele direito.

38. Segue-se, assim, que é o Judiciário, e não a própria Casa Legislativa, a sede própria para o questionamento do ato do Presidente da Câmara dos Deputados que defere requerimento de criação da CPI e seja reputado pelos integrantes da maioria como abusivo ou ilegítimo porque ausentes um ou mais requisitos constitucionais.

39. Portanto, pode-se assentar que não é constitucionalmente legítima a apresentação de questão de ordem e recurso contra ato do Presidente da Câmara que aprova a instalação de CPI. E tal conclusão revela a procedência da pretensão mandamental dos impetrantes no sentido da invalidação dos atos (questão de ordem e recurso ao plenário) praticados com a finalidade de postergar ou obstar a investigação parlamentar em questão. [**Grifei**.]

Também o eminente constitucionalista MICHEL TEMER, **quando** presidente da Câmara dos Deputados, **respondendo** questão de ordem, **então** suscitada pelo deputado Sérgio Miranda, **igualmente entendeu não ser possível**, à maioria, **valendo-se** de meios regimentais, **transferir** ao Plenário da Casa legislativa, **mediante** interposição de recurso, **a discussão** do tema, **vindo a frustrar**, desse modo, com tal expediente, **a criação** de comissão parlamentar de inquérito (fl. 115):

Quanto à questão nova *trazida pelo Deputado Sérgio Miranda,* ***no sentido de não haver possibilidade regimental*** *de recurso* ***contra*** *o recebimento de requerimento de criação da CPI,* ***já que apenas*** *as decisões* ***denegatórias*** *da Presidência* ***eram recorríveis****,* ***parece-nos****, de igual modo,* ***procedente****.*

De observar-se*, em primeiro lugar,* ***que as Comissões Parlamentares de Inquérito foram concebidas*** *constitucionalmente* ***como instrumentos*** *postos à disposição* ***das minorias*** *e até das maiorias* ***para bem exercerem*** *a função fiscalizadora* ***que cabe****, constitucionalmente, ao Poder Legislativo,* ***não podendo****, pois,* ***submeter-se apenas à vontade da maioria****, sob pena de se tornarem absolutamente ineficazes.* ***Lembre-se*** *que, nos termos do art. 58, § 3°, do texto constitucional,* ***basta que um terço*** *do total de membros de quaisquer das Casas* ***solicite a criação de uma CPI*** *para investigar determinado fato* ***para que esta*** *venha a ser*

*instalada, **não havendo necessidade de deliberação da maioria** sobre o assunto. **O direito de instalação é inequivocamente da minoria** – um terço do total –, **e o juiz da existência** desse direito é, nos termos regimentais, **o Presidente da Casa, não a maioria**. **Essa é a vontade expressa** pela Constituição Federal, **a teor** do que dispõe o seu art. 58, § 3°.*

*__No que tange__, ao aspecto processual interno, __parece-me__ que a lei interna __não admite a possibilidade__ de a maioria **insurgir-se** contra despacho da Presidência, __que recebe requerimentos de criação__ de uma CPI. __É o que se pode deduzir__ do especificamente disciplinado **no citado art. 35, § 2º, e igualmente no disposto na norma genérica do art. 114, parágrafo único, do mesmo Regimento**, que determina __só existir possibilidade__ de recurso, __no caso de requerimentos__ sujeitos __apenas__ a decisão do presidente, __quando a decisão seja denegatória__.*

__Em verdade, o instituto da questão de ordem não se reveste__ de instrumentalidade bastante __para trancar a instalação__ de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, __conforme aduz__ o art. 95, "caput", do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. [**Grifei**.]

Essa mesma preocupação com a preservação da integridade do direito das minorias parlamentares à investigação legislativa **foi também revelada** em precioso magistério doutrinário **expendido** em monografia sobre o tema em questão, **levando** o seu autor, MARCOS EVANDRO CARDOSO SANTI (**"Criação de Comissões Parlamentares de Inquérito: Tensão entre o direito constitucional de minorias e os interesses políticos da maioria"**, p. 46/47 **e** 50, item n. 1.3, 2007, Fabris Editor), **a expor**, em tom de grave advertência, **as consequências lesivas**, a tal prerrogativa constitucional, **que derivariam** do entendimento que admitisse possível o deslocamento, **para o Plenário** (**onde impera a maioria**), da decisão final sobre a criação de qualquer CPI:

***No ato de criação de CPI**, com a leitura e a publicação do requerimento, **ou mesmo após** a consumação dessas fases, **as correntes parlamentares que a ela se opõem** muitas vezes **tentam inviabilizar** o inquérito parlamentar.*

*(...) **Por isso**, quando da consumação da criação de uma CPI, **ou mesmo** quando essa já tiver sido criada, **a base parlamentar de apoio ao presidente da República com frequência tem lançado mão de um último instrumento parlamentar: anular o requerimento**, por meio do questionamento constitucional – **e também regimental – do preenchimento** dos requisitos de criação da comissão.*

***Nessa medida, a análise da constitucionalidade** do requerimento **passa a ocupar o centro do debate político-parlamentar e caracterizar-se como um obstáculo adicional a ser superado** para se viabilizar o inquérito parlamentar. **Esse confronto expõe** o que denominamos "**tensão entre o direito das minorias" – que em tese deveria estar assegurado com o preenchimento dos requisitos** de criação da CPI – "**e os interesses da maioria**", uma vez que esta, **sentindo-se ameaçada**, atua no sentido **de tentar impedir** o inquérito.*

***Mais especificamente, a análise de constitucionalidade dos requisitos de criação de CPI** constitui-se na última etapa anterior à instalação e ao funcionamento da comissão, e caracteriza-se por "colocar em xeque" o requerimento. **A estratégia da maioria**, em propor uma análise de constitucionalidade **mais** rigorosa – **do que a previamente realizada** pela Mesa antes da leitura –, **visa a anular o requerimento**, por meio da transferência **para o Plenário** do poder decisório,*

***que**, em princípio, **estaria restrito à minoria** de um terço – aquela necessária à criação da CPI.*

(...)

***Nessa reflexão há importantes aspectos a serem levados em consideração.** (...) **a questão de ordem não pode se transformar em instrumento para que a maioria**, de forma abusiva, **desrespeitando** a Constituição, **inverta decisões da minoria** (...).* [**Grifei**.]

É **por essa razão que a rejeição** do ato de criação da CPI, **em sede recursal**, **pelo Plenário** da Câmara dos Deputados, **ainda** que por expressiva maioria, **não tem o condão** de justificar **a frustração** do direito de investigar **que a própria** Constituição da República **outorga** às minorias parlamentares, **notadamente** se se considerar – **tal como sucedeu** na espécie – que o presidente da Câmara dos Deputados **já havia reconhecido**, em ato próprio, **o atendimento** dos requisitos **necessários** à instituição desse órgão de investigação legislativa.

É que, como se sabe, deliberações parlamentares majoritárias (**ou**, até mesmo, unânimes) **não se qualificam** como fatores de legitimação de atos **eventualmente** inconstitucionais que delas resultem, **eis que nada pode justificar**, considerado o próprio significado do regime democrático, **a perversão** das instituições, **notadamente** quando os atos do Parlamento **transgridem** direitos, prerrogativas **e** garantias **assegurados** pela Constituição da República.

Em uma palavra: deliberações parlamentares, **ainda** que resultantes de votações unânimes **ou** majoritárias, **não se revestem** de autoridade suficiente **para convalidar** os vícios **gravíssimos** da inconstitucionalidade, **pois**, se tal fosse possível, a vontade **de um** dos Poderes constituídos **culminaria por subverter** a supremacia da Constituição, **vulnerando**, de modo inaceitável, **o próprio significado** do regime democrático.

Nem se diga que semelhante entendimento **representaria** ofensa ao direito dos grupos majoritários **à correta observância** dos requisitos estabelecidos **pela Constituição** em seu art. 58, § 3º, **para efeito** de válida criação de qualquer CPI.

É certo que pode ocorrer situação configuradora de instauração abusiva, **eventualmente** inconstitucional, de determinado inquérito parlamentar, como sucederia, **p. ex.**, **no caso** de o Congresso Nacional **pretender** fiscalizar matéria sobre a qual **não dispõe** de competência para legislar (**sabemos** que, **onde não há** poder para legislar, **não há poder** para investigar), **ou** na hipótese de o requerimento de criação de certa CPI **deixar** de satisfazer, **evidentemente**, os requisitos delineados **no § 3º** do art. 58 da Constituição.

Se tal situação se registrar, **os grupos majoritários** no Congresso Nacional, **querendo**, poderão submeter a esta Corte, **mediante** impetração de mandado de segurança, o exame **dessa** controvérsia jurídica (**não atendimento** dos pressupostos **e** requisitos constitucionais **necessários** à instituição de CPI), **pedindo**, então, ao Supremo Tribunal Federal **que aprecie**, no estrito desempenho da competência **que lhe dá** a Constituição da República, **a validade jurídico-constitucional do ato concreto** da Presidência da Casa legislativa que houver

formalmente declarado a criação de determinada CPI, **não obstante em desacordo** com o que prescreve **o § 3º** do art. 58 da Lei Fundamental.

Não fosse assim, e caso se admitisse a possibilidade de a maioria, **mediante** utilização de meios regimentais (**como** o recurso), **deslocar**, para o Plenário da Casa legislativa (**como sucedeu** na espécie), **a deliberação final** sobre a efetiva criação de determinada CPI, **frustrar-se-ia**, de maneira inevitável, **o exercício**, pelas minorias parlamentares, **de seu direito** à investigação legislativa.

Para que o direito das minorias **seja** preservado, **como convém** a qualquer regime político **fundado** em bases democráticas, **e também para evitar** que os grupos minoritários, **abusando** dessa valiosa prerrogativa institucional, façam instaurar, **de modo ilegítimo**, inquéritos parlamentares cuja criação **descumpra** as exigências constitucionais, **impõe-se submeter** o conflito **decorrente** do estado de tensão dialética **entre** os direitos da minoria **e** os dos grupos majoritários **ao exame** do Poder Judiciário, **pois tal litígio** – **embora impregnado** de elevado componente político – **reveste-se** de qualificação constitucional, **considerados** os princípios **e** os direitos em situação de antagonismo.

O Supremo Tribunal Federal, presente esse contexto, **e desempenhando** legítima atribuição **que a própria** Constituição da República lhe outorgou, **atuará** como instância arbitral e moderadora dos conflitos constitucionais **decorrentes**, **quer** da arbitrária recusa, **pela maioria legislativa**, de criação de determinada CPI (**o que ofenderia** os direitos dos grupos minoritários de oposição), **quer** da inválida instituição, **pela minoria parlamentar**, de CPI **destituída** de fundamento constitucional (**o que transgrediria** os direitos dos grupos majoritários).

Daí a correta observação feita pelo eminente procurador-geral da República, **quando adverte**, com absoluta propriedade, que a instância constitucionalmente adequada à resolução desse conflito **reside** nesta Suprema Corte (fl. 439):

> *Segue-se, assim, que é o Judiciário, e não a própria Casa Legislativa, a sede própria para o questionamento do ato do Presidente da Câmara dos Deputados que defere requerimento de criação da CPI e seja reputado pelos integrantes da maioria como abusivo ou ilegítimo porque ausentes um ou mais requisitos constitucionais.* [**Grifei**.]

Preservam-se, desse modo, **quando presente** situação de litigiosidade constitucional, **tanto** os direitos da minoria parlamentar **quanto** os direitos da maioria legislativa, **evitando-se**, assim, **que uns e outros** culminem por frustrar, **reciprocamente**, as prerrogativas de que são titulares.

Tenho para mim que os direitos da minoria à investigação parlamentar **foram transgredidos e desrespeitados**, na espécie em exame, **pela decisão** da Presidência da Câmara dos Deputados **que admitiu** o processamento de recurso **interposto** por líder partidário **que representa corrente majoritária** nessa Casa do Congresso Nacional.

Com o acolhimento desse recurso, **o Plenário** da Câmara dos Deputados **culminou** por invalidar, **de modo inconstitucional**, o ato da Presidência dessa

Casa legislativa **que havia formalmente declarado** a criação da CPI em referência, **por corretamente entender satisfeitos** os requisitos constitucionais **a que se refere** o art. 58, § 3º, da Lei Fundamental da República.

Daí a precisa observação do eminente procurador-geral da República, **quando assinala** que – **reconhecido**, formalmente, pelo presidente da Câmara dos Deputados, **o atendimento** dos requisitos a que alude **o § 3º** do art. 58 da Constituição – "concluído está o procedimento de criação em questão, não sendo cabível o questionamento 'interno' de sua legitimidade, que implicaria retirar da minoria parlamentar o poder de decisão acerca do requerimento para a instauração de CPI e transferi-lo à maioria dos congressistas – se permitida a votação do recurso em plenário –, em evidente descompasso com o comando constitucional" (fls. 438/439, **item 34**).

O próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em norma **compatível** com a cláusula constitucional **que confere** à minoria legislativa o direito à investigação parlamentar, **confirma** esse entendimento, **pois estabelece**, em seu art. 35, § 2º – **que traduz** regra específica ("lex specialis") **aplicável**, com exclusão das disposições genéricas, **ao procedimento de criação de CPI** –, que, "Recebido o requerimento, o Presidente o mandará à publicação, desde que satisfeitos os requisitos regimentais; caso contrário, devolvê-lo-á ao Autor, cabendo, desta decisão, recurso para o Plenário, no prazo de cinco sessões, ouvida a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania" (**grifei**).

Vê-se, daí, que o modelo concebido **e** estruturado **na presente** Constituição brasileira, **historicamente vinculado**, em sua formulação, à Constituição Federal de 1934 (art. 36) – **e**, mais distante, ainda, no tempo, à Constituição de Weimar, de 1919 (art. 34) –, **visa a proteger** os grupos minoritários **contra** eventuais abusos cometidos, **em tema de instituição** de comissão parlamentar de inquérito, **pela maioria** que atua nas Casas do Congresso Nacional.

Na realidade, **o ato de criação** de qualquer CPI, **considerado** o que dispõe o art. 58, § 3º, da Constituição, **representa** exceção derrogatória **da regra majoritária** proclamada pelo art. 47 do estatuto constitucional, **pois**, para efeito **de instituição** da comissão parlamentar de inquérito, **os grupos minoritários prescindem da vontade aquiescente da maioria** que atua no âmbito do Poder Legislativo.

Com efeito, **a criação** de CPI **traduz exceção** que a própria Constituição da República estabeleceu **em face** do princípio majoritário, **razão pela qual** as minorias parlamentares **que componham**, ao menos, **1/3** dos membros integrantes das Casas legislativas **têm o direito** à instauração do inquérito parlamentar, **uma vez satisfeitos** os requisitos constitucionais da temporariedade da investigação legislativa **e** da indicação de fato determinado.

Vale referir, no ponto, **antiga decisão** desta Suprema Corte **proferida** sob a égide da Carta Política de 1969 (**Rp 1.183/PB**), **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

Número de assinaturas necessárias à criação de comissão parlamentar de inquérito *nas Assembleias estaduais.*

*– **O art. 37 é exceção ao princípio estabelecido no art. 31**, ambos da Constituição Federal, e, como este, é aquele de observância obrigatória pelos Estados-membros, tendo em vista a natureza deles e o disposto no "caput" do art. 13 e no art. 200, da mesma Constituição.*

Representação de inconstitucionalidade que se julga procedente, para declarar inconstitucional o inciso XVIII do art. 24 da Emenda Constitucional 1, de 16 de junho de 1970, do Estado da Paraíba. [**RTJ 113/36**, rel. min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.]

É relevante observar, no ponto, **o registro** que o saudoso ministro OSCAR CORRÊA **fez**, em seu douto voto, **quando** do julgamento **da mencionada** Rp 1.183/PB, **ocasião** em que Sua Excelência – **que foi** um eminente **e** respeitado membro do Congresso Nacional – **rememorou** práticas lesivas cometidas, **pelos grupos majoritários**, no âmbito parlamentar **e no contexto** do permanente conflito que se processa na esfera da luta política, **não obstante** a existência de norma constitucional **garantidora** do direito de investigar **reconhecido** às minorias legislativas:

*(...) **quero apenas fazer uma declaração**: passados 29 anos, **já** no Supremo Tribunal Federal, **verifico**, com grande satisfação, **que a norma** do art. 37, na atual Constituição, é absolutamente válida e deve ser obedecida pelo Parlamento. **E isto porque**, **em 1955**, deputados, **mais** de 1/3, tiveram a oportunidade **de apresentar** requerimento de constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito sobre fato determinado, **e recusado**, por motivos partidários, **pela maioria**.* [**Grifei**.]

Não foi por outra razão que esta Suprema Corte, **ao julgar a ADI 3.619/SP**, rel. min. EROS GRAU, **tendo presente** o modelo constitucional **que rege**, em nosso sistema jurídico, **a criação** de CPIs **e que ampara**, na instituição desses órgãos de investigação legislativa, **as minorias parlamentares**, **proferiu** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 34, § 1º, E 170, I, DO REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CRIAÇÃO. DELIBERAÇÃO DO PLÉNARIO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. REQUISITO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. SIMETRIA. OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS. VIOLAÇÃO DO ART. 58, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A Constituição do Brasil assegura a 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados e a 1/3 dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando porém ao próprio parlamento o seu destino.

2. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais – garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais.

3. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembleia Legislativa. Precedentes.

4. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembleia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no art. 58 da CB/1988.

5. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho "só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e", constante do § 1º do art. 34, e o inciso I do art. 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. [**ADI 3.619/SP**, rel. min. EROS GRAU, **Pleno** – **Grifei**.]

É importante assinalar, neste ponto, **que o Supremo Tribunal Federal**, nesse recentíssimo julgamento **da ADI 3.619/SP**, **deixou** claramente positivado, em lição **inteiramente** aplicável ao caso ora em exame, **que não se legitima**, constitucionalmente, **submeter**, **ao Plenário** da Casa legislativa, **o ato de criação** de qualquer CPI.

No julgamento da ADI 3.619/SP, declarou-se a inconstitucionalidade de normas regimentais **que faziam depender**, **da vontade majoritária**, manifestada **em sessão plenária** do Legislativo, **a criação** de comissão parlamentar **estadual** de inquérito.

Na espécie ora em exame, a submissão **do ato de criação** da CPI em referência **à deliberação do Plenário** da Câmara dos Deputados **fez-se**, indiretamente, **mas com igual carga de lesividade**, **em razão** de recurso interposto por líder partidário **que representa**, nessa Casa do Congresso Nacional, **uma** de suas correntes majoritárias, **o que vulnerou** – tal como reconhecido no precedente firmado na ADI 3.619/SP – **o direito da minoria** à investigação parlamentar, **cujo exercício** resultou frustrado **pela prevalência** da vontade da maioria.

Impõe-se, desse modo, **a restauração da eficácia** do ato da Presidência da Câmara dos Deputados **que reconheceu validamente configurados**, no caso em exame, os requisitos **necessários** à criação da CPI em questão.

Vê-se, portanto, **que tinha plena razão** o eminente senhor presidente da Câmara dos Deputados, **quando**, na sessão de 7-3-2007, **comunicou** a formal criação, **mediante** ato da Presidência, da CPI **destinada** a "investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do Sistema de Tráfego Aéreo Brasileiro, desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol, vôo 1907, e um jato Legacy, da American ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas" (fl. 25v.).

Na realidade, **o exame** dos documentos **produzidos** com a impetração mandamental **evidencia** que esse ato da Presidência da Câmara dos Deputados – **que veio** a ser invalidado, **em sede recursal**, **pelo Plenário** dessa Casa do Congresso Nacional – **deve ser preservado**, em caráter definitivo, por esta Suprema Corte, **em ordem a permitir a imediata** instalação da CPI em questão.

E a razão é uma só: o senhor presidente da Câmara dos Deputados, **depois de declarar** formalmente criada referida CPI, **veio a reafirmar**, até mesmo quando **contestado** o seu ato, em Plenário, pelo senhor líder do PT, **na questão**

de ordem que este formulou, **que estavam preenchidos**, na espécie, **todos os requisitos** necessários à instauração do inquérito parlamentar em causa.

É importante rememorar, neste ponto, **as razões** em que se apoiou a decisão com que o senhor presidente da Câmara dos Deputados **indeferiu** a questão de ordem **suscitada** pelo senhor líder do Partido dos Trabalhadores (fls. 27/28):

> *Primeiro, com referência ao fato determinado. A Presidência da Câmara entendeu que ali há fato determinado, porque está escrito que se vai buscar identificar as causas, as consequências e os responsáveis. A Presidência respeita, evidentemente, aqueles que entendem de forma diferente.*
>
> *Segundo, com referência ao prazo, o Regimento Interno, no seu art. 35, § 3º, dispõe:*
>
> *Art. 35. (...)*
>
> *§ 3º A Comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos.*
>
> *Portanto, ainda que em outra parte do Regimento esteja dito que é necessário constar o prazo, esse outro artigo, no seu referido parágrafo, em minha interpretação, dispensa estar no próprio requerimento, até porque essa tem sido uma tradição nas decisões das Mesas anteriores.*
>
> *Finalmente, com referência à composição numérica não estar no requerimento, de fato, o requerimento não indica essa composição. (...).*
>
> *(...)*
>
> *Está dito aqui que precisa haver o prazo certo. Contudo, a Constituição não exige o número de membros. Ela exige que haja prazo certo.*
>
> *Procuramos resoluções do Supremo Tribunal Federal. Assim se manifestou o STF sobre as exigências para criação das CPIs:*
>
> *A instalação do inquérito, para viabilizar-se no âmbito das Casas Legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta política:*
>
> *1. Subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, um terço dos membros da Casa legislativa;*
>
> *2. Indicação de fato determinado a ser objeto de apuração;*
>
> *3. Temporariedade da Comissão Parlamentar de Inquérito. [Mandado de Segurança 24.831.]*
>
> *Na interpretação da Presidência, as três condicionantes estão dadas no requerimento. Por isso, indefiro a questão de ordem do Líder Luiz Sérgio.* [**Grifei**.]

O senhor presidente da Câmara dos Deputados, desse modo, **ao reconhecer configurados** os requisitos necessários à CPI em causa, **entendeu presente**, desde logo, **no requerimento subscrito** pela minoria parlamentar, **a referência** (**sempre** necessária) **ao fato determinado**.

Ninguém desconhece que a Constituição **exige** a indicação de fato determinado **para efeito** de legítima instauração de inquérito parlamentar.

Quando fui membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, **nele exercendo** o honroso cargo de promotor de justiça, **tive o ensejo de discutir** a questão constitucional **pertinente** à exigência do fato determinado ("**Investigação Parlamentar Estadual: As Comissões Especiais de**

Inquérito", Revista "*Justitia*", v. 45/155-160, nº 121, abr.-jun. 1983), **expendendo**, então, as seguintes considerações:

> ***Mencione-se**, desde logo que "**somente** fatos determinados", **concretos e individuados**, ainda que múltiplos, **que sejam** de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, **são passíveis** de investigação parlamentar. **Constitui verdadeiro abuso** instaurar-se inquérito legislativo **com o fito de investigar fatos genericamente enunciados**, vagos **ou** indefinidos. **O objeto** da comissão de inquérito **há de ser preciso**.* [**Grifei**.]

Devo assinalar, por necessário, **que mantenho** esse **mesmo** entendimento, **eis que reputo indispensável** – **tratando-se** de CPI – que a investigação por ela realizada **atenha-se** a um âmbito de atuação materialmente delimitado, **com referência** a dados concretos, **como se registra**, no caso em exame, com a comissão parlamentar de inquérito em questão, **cujo requerimento** de criação **alude**, com extrema clareza, **a um lamentável e trágico** evento da aviação civil brasileira, **em que 154 pessoas perderam a vida**, em decorrência de **suposta** falha do sistema de controle de tráfego aéreo.

Esse **terrível** evento – **que constitui** objeto da pretendida apuração parlamentar – **foi expressamente indicado** no requerimento **subscrito** pela minoria legislativa **e acentuado**, de modo particularmente enfático, na *justificação* **que também compõe** o requerimento em causa (fls. 17v./18v.).

Nada mais determinado, portanto, em sua concreta (**e dramática**) configuração, do que esse **terrível** episódio, **expressamente incluído** no campo da investigação legislativa **pretendida** pela minoria parlamentar na Câmara dos Deputados.

Como assinalado, o Requerimento 1/2007, subscrito **pela minoria** parlamentar, na Câmara dos Deputados, **indica**, de forma bastante clara e precisa, **um evento concreto** que se ajusta ao conceito de fato determinado, **a atender**, assim, a exigência **que a Constituição impõe** ao ato de criação da comissão parlamentar de inquérito.

Na realidade, o requerimento da minoria parlamentar **contém** referência a fato determinado (**a morte trágica de 154 pessoas**), **cuja menção**, por si só, **já bastaria** para viabilizar a instauração da comissão parlamentar de inquérito, **permitindo**, desse modo, **em face** de notório contexto, **a apuração legislativa** – **de interesse geral** dos cidadãos deste País – das "causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, chamada de 'apagão aéreo', desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006 (...)" (fl. 17v. – **grifei**).

Ao deferir o pedido de medida cautelar, **já havia assinalado**, em minha decisão, **que nada pode ser mais ultrajante**, para o sentimento de decência nacional, **do que os eventos** que compõem a sucessão de graves incidentes que culminaram **no terrível** acidente aéreo de 29-9-2006, **envolvendo 154 vítimas**, e que representou **o mais dramático** episódio de toda essa cadeia **de lamentáveis**

ocorrências **que afetaram** – e continuam afetando – **o sistema** de tráfego aéreo em nosso País, **gerando** transtornos, **provocando** intranquilidade, **reduzindo** a confiabilidade na segurança do transporte aéreo, **comprometendo** a integridade do próprio sistema de controle de tráfego aéreo administrado pela União Federal **e lesando**, profundamente, os direitos básicos, **decorrentes** de relações de consumo, **titularizados pelo usuário** desses mesmos serviços.

O que me parece irrecusável, nesse contexto, **é que a menção ao trágico episódio** do acidente aéreo **basta** para que nela se reconheça **a presença**, no caso, **do fato determinado** a que se refere a Constituição da República **no § 3º** de seu art. 58.

Vale referir, neste ponto, por oportuno, que, **não obstante a parte narrativa** do requerimento em questão **já contenha**, ela própria, por si só, **a referência** ao fato determinado, **torna-se importante assinalar** que a *Justificação* (**que compõe** a estrutura formal do requerimento em causa) **também põe em destaque**, para efeito da investigação legislativa, **a individualização** do fato determinado **objeto** da mencionada CPI (fls. 17v./18v.):

> ***É do conhecimento público que:***
>
> ***1. Há atualmente uma forte crise*** *no setor de transporte aéreo regular de passageiros no Brasil.*
>
> ***2. O grave acidente aéreo*** *ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol (voo 1907) e um jato Legacy, da América ExcelAire com mais de uma centena de vítimas,* ***desencadeou*** *a crise chamada de "apagão aéreo".*
>
> ***3. A crise inclui****, além dos aspectos ligados à segurança do tráfego aéreo, outros ligados à infraestrutura aeroportuária, àqueles ligados aos consumidores e companhias aéreas (atrasos de voos, overbooking, cancelamentos de voos, entre outros), além de casos estranhos como panes que paralisaram vários aeroportos importantes por horas.*
>
> ***4. Os problemas no controle do tráfego aéreo*** *no País, vêm causando transtornos à população, tanto em consequência de atrasos e cancelamentos de voos, quanto sobre a atividade econômica em geral, como também outros ainda mais graves, conforme mostrou o noticiário com impedimentos de cirurgias e transplantes.*
>
> ***5. Relatório de Levantamento de Auditoria do Tribunal de Contas da União****, de 12 de dezembro de 2006, relatado pelo Ministro Augusto Nardes,* ***teve como objetivos avaliar*** *a situação do controle do tráfego aéreo no país* ***e subsidiar*** *eventual trabalho de fiscalização a ser efetuado pelo Tribunal.* ***O Relatório aponta*** *que teria havido* ***retenção*** *de R$ 523,5 milhões para Cindactas,* ***contrariando a convicção*** *do Governo de que não faltaram recursos para impedir a crise aérea.* ***Esse valor*** *equivale a 35% dos recursos efetivamente aprovados no Orçamento, R$ 1,494 bilhão entre 2004 e 2006.* ***O relatório apontou também que teria havido falta de articulação*** *dentro do Governo, com responsabilidade de todos os envolvidos. Para vencer as graves falhas, o TCU fez diversas determinações aos órgãos que cuidam do planejamento e da fiscalização da aviação e do espaço aéreo.* ***Diz o Relatório****:*
>
> *(...)* ***quanto ao Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro – SISCEAB****, a auditoria delimitou com propriedade suas competências*

e características específicas de cada órgão integrante, dentre as quais se destaca o já mencionado Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA, ao qual se encontram subordinados os quatro Centros Integrados de Controle do Tráfego Aéreo – CINDACTAs, que têm como incumbência manter seguro o fluxo do tráfego nas áreas sob sua jurisdição, por meio do Centro de Controle de Área (ACC), órgão responsável pela autorização de decolagens, pelo provimento do controle do tráfego das aeronaves que estejam em rota, ou seja, nas aerovias, e onde ocorreu a quase totalidade dos problemas relacionados ao "apagão aéreo". Como bem destacado no Relatório, eventuais falhas ocorridas no ACC, tais como diminuição nos canais disponíveis para comunicação por rádio, insuficiência no número de controladores, ou mesmo excesso de aeronaves controladas, provoca o denominado controle de fluxo, que consiste no aumento do intervalo entre as decolagens nos aeroportos controlados pelo respectivo ACC, provocando o efeito cascata de atrasos nos vôos, de modo a possibilitar que o fluxo de aviões seja readequado à capacidade operativa do órgão, que depende de uma série de fatores como o número de equipamentos disponíveis, incluídos os radares, frequência de controle, postos de operação (consoles de visualização ativados), operadores, controladores e mantenedores. (...)

***6. Na Câmara dos Deputados**, a Comissão Externa de Controle do Tráfego Aéreo, **criada** em 6 de dezembro de 2006, **para acompanhar a crise** nos aeroportos brasileiros, **foi encerrada** em 22 de dezembro **sem** aprovação de Relatório.*

***A situação é de tal ordem** que exige solução imediata, **sob pena** de rápido e expressivo agravamento dos prejuízos à Nação, **em consequência** da possível desorganização e paralisia deste setor estratégico.*

***Desta forma**, a solução desta grave crise **exige** a cooperação entre os diversos Poderes da República. Dado que a questão é de relevante e urgente interesse nacional, os parlamentares signatários desta proposta, embora cientes da complexidade do processo, esperam contribuir para a análise das causas e consequências da crise, inclusive para a imagem do País.*

***Por esses motivos, solicitamos a instituição desta Comissão Parlamentar de Inquérito**.*

*As **despesas** decorrentes do funcionamento da Comissão correrão à conta de recursos do Orçamento da Câmara dos Deputados.* [**Grifei**.]

E, no caso ora em análise – **insista-se** – **houve a delimitação** do fato determinado **tanto** na *exposição* **quanto** na *justificação*, **que compõem**, ambas, **a estrutura formal unitária** do requerimento **apresentado** pela minoria parlamentar, **em estrita observância** ao que prescreve **o § 3º** do art. 58 da Constituição.

Diversa não é a orientação **perfilhada**, nesse mesmo sentido, **dentre** outros autores, por PAULO RICARDO SCHIER ("**Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado**", p. 161, 2005, Lumen Juris), **cuja lição**, na matéria, **assinala** que "**É** (...) ***através da exposição**, **da justificação**, da evidenciação do fato **no requerimento** de abertura da comissão parlamentar de inquérito **que se poderá constatar** se ele é, **em si**, determinado ou não*" (**grifei**).

Correto, portanto, **o ato** do eminente senhor presidente da Câmara dos Deputados **que reconheceu atendida**, na espécie, a exigência constitucional **pertinente** ao fato determinado.

Imputou-se, por outro lado, **ao mencionado** requerimento **subscrito** pela minoria parlamentar, **uma falha consistente na ausência de indicação** do prazo de funcionamento da comissão parlamentar de inquérito.

Sabemos que **um** dos requisitos constitucionais **subjacentes** à criação de uma CPI **refere-se à temporariedade** de sua duração, **pois** esse órgão de investigação legislativa **não pode** funcionar **por prazo indeterminado**. **Ao contrário**, exige-se a indicação **de** "prazo certo" **para duração** de qualquer CPI (**CF**, art. 58, § 3º).

Cabe observar, no entanto, **que o Regimento Interno** da Câmara dos Deputados **fixa**, ele próprio, desde logo, **o prazo de vigência** das comissões parlamentares de inquérito que deverão atuar **no âmbito** dessa Casa do Congresso Nacional.

O estatuto regimental em questão **dispõe**, em seu art. 35, **§ 3º**, que "A Comissão (...) terá o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos" (**grifei**).

Isso significa, portanto, **que eventual omissão** do requerimento de criação de CPI **será suprida**, de pleno direito, **pelo que prescreve** a norma regimental em causa, **pois esta** – dando concreção à finalidade da regra inscrita **no § 3º** do art. 58 da Constituição – estabelece, **desde logo**, o prazo de duração dos trabalhos da comissão encarregada da investigação parlamentar.

No caso ora em exame, a CPI em questão **não foi instituída** por prazo indeterminado (**o que é vedado** pela Constituição da República), **mas**, ao contrário, **reconheceu-se** – **por efeito** da incidência automática da norma regimental mencionada – que a investigação parlamentar **terá** a duração de 120 dias, **como expressamente afirmou** o eminente presidente da Câmara dos Deputados, **ao indeferir** a questão de ordem **suscitada** pelo senhor líder do PT (fls. 27/27v.):

> *(...) **com referência ao prazo**, o Regimento Interno, no seu art. 35, § 3º, dispõe:*
>
> ***Art. 35***
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A Comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, **terá o prazo** de cento e vinte dias, **prorrogável** por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos.*
>
> *Portanto, **ainda** que em outra parte do Regimento esteja dito que é necessário constar o prazo, **esse outro artigo**, **no seu referido parágrafo**, em minha interpretação, **dispensa estar no próprio requerimento**, **até** porque essa tem sido uma tradição nas decisões das Mesas anteriores.* [**Grifei**.]

Vê-se, desse modo, **em face** do próprio caráter supletivo **que qualifica** a norma regimental mencionada (art. 35, **§ 3º**), **que não se está**, na espécie, **diante** de uma CPI **sem** prazo certo, **pois** – insista-se –, **tal como expressamente o reconheceu** o senhor presidente da Câmara dos Deputados (fls. 27/27v.), **foi ela criada** pelo "*prazo de cento e vinte dias (...)*", **ajustando-se**, desse modo, à exigência constitucional **de temporariedade**, que se impõe a qualquer comissão parlamentar de inquérito.

Cumpre relembrar, por oportuno **e** relevante, **julgamento** emanado **do Plenário** do Supremo Tribunal Federal (cujas diretrizes foram inteiramente observadas na espécie), **no qual** esta Corte, **ao tratar** da questão **pertinente** à temporariedade da investigação parlamentar – **e após advertir sobre a impossibilidade de a CPI ultrapassar** o limite temporal da legislatura em que criada –, **assim se pronunciou**:

> ***3. A duração do inquérito parlamentar*** *– com o poder coercitivo sobre particulares, inerentes à sua atividade instrutória e a exposição da honra e da imagem das pessoas a desconfianças e conjecturas injuriosas – é um dos pontos de tensão dialética entre a CPI e os direitos individuais, cuja solução,* ***pela limitação temporal*** *do funcionamento do órgão,* ***antes se deve entender*** *matéria apropriada à lei* ***do que*** *aos regimentos:* ***donde, a recepção do art. 5º, § 2º, da Lei 1.579/1952, que situa, no termo final de legislatura*** *em que constituída,* ***o limite intransponível*** *de duração,* ***ao qual****, com* ***ou*** *sem prorrogação do prazo inicialmente fixado,* ***se há de restringir*** *a atividade* ***de qualquer*** *comissão parlamentar de inquérito.*
>
> ***4. A disciplina*** *da mesma matéria pelo regimento interno* ***diz apenas*** *com as conveniências de administração parlamentar,* ***das quais cada câmara é o juiz exclusivo, e da qual****, por isso –* ***desde que respeitado o limite máximo*** *fixado em lei,* ***o fim da legislatura em curso*** *–,* ***não decorrem*** *direitos para terceiros,* ***nem a legitimação para questionar*** *em juízo* ***sobre*** *a interpretação* ***que lhe dê*** *a Casa do Congresso Nacional.*
>
> ***5. Consequente inoponibilidade*** *pelo particular,* ***intimado a depor*** *pela CPI,* ***da alegada contrariedade*** *ao art. 35, § 3º, do Regimento da Câmara dos Deputados pela decisão plenária que, dentro da legislação, lhe concedeu segunda prorrogação de sessenta dias ao prazo de funcionamento inicialmente fixado em 120 dias.* [**HC 71.193/SP**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Pleno** – **Grifei**.]

O terceiro (e último) **fundamento** em que se apoiou a impugnação **ao ato de criação** da CPI do tráfego aéreo – **fundamento** esse **também** acolhido pelo Plenário da Câmara dos Deputados – **consiste** na afirmação de que o requerimento **subscrito** pela minoria parlamentar **não indicou** a composição numérica desse órgão de investigação legislativa.

Cumpre ressaltar, neste ponto, senhora presidente, **que o direito** à investigação parlamentar, para ser **legitimamente** exercido, **depende da conjugação de três** (**3**) **requisitos** de índole constitucional, **previstos** no art. 58, **§ 3º**, da Lei Fundamental da República: (**1**) **subscrição do requerimento** de constituição da CPI **por 1/3**, no mínimo, dos membros da Casa legislativa, (**2**) **indicação de fato determinado** a ser objeto de apuração **e** (**3**) **temporariedade** da comissão parlamentar de inquérito.

Esse entendimento – que se reflete no magistério da doutrina – **foi assim exposto** na valiosa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 515/516, item 4, 24. ed., 2005, Malheiros):

> *Comissões parlamentares de inquérito são organismos que desempenharam e desempenham papel de grande relevância na fiscalização e controle da Administração (...). Foram bastante prestigiadas pela Constituição vigente (...).*

Essa liberdade de criação de comissões parlamentares de inquérito depende, contudo, do preenchimento de três requisitos: (a) requerimento de pelo menos um terço de membros de cada Casa, para as respectivas comissões, ou de ambas, para as comissões em conjunto (comissão mista); (b) ter por objeto a apuração de fato determinado; (c) ter prazo certo de funcionamento. [**Grifei**.]

Foi por essa razão que o senhor presidente da Câmara dos Deputados, **tendo presente** essa orientação – **que encontra apoio tanto** na jurisprudência desta Corte (**MS 24.845/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 24.846/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, ***v.g.***) **quanto** em autorizada doutrina –, **reconheceu** que a indicação da composição numérica da CPI **não traduz** exigência constitucional, **mas**, ainda assim, **expressamente indicou**, ele próprio, **no ato** que veio a ser **ulteriormente** invalidado pelo Plenário dessa Casa legislativa, que a CPI em causa "será composta de 23 membros titulares e de igual número de suplentes" (fl. 26), **o que significa**, portanto, **que foi atendida**, no caso, **até mesmo** essa simples prescrição regimental.

Faço tais observações quanto ao pleno atendimento dos requisitos constitucionais **pertinentes** à válida criação da CPI em questão, **porque entendo necessário reconhecer** que o senhor presidente da Câmara dos Deputados, **ao praticar** o ato posteriormente desconstituído, **em sede recursal**, pelo Plenário da Casa que dirige, **agiu de modo irrepreensível**, eis que efetivamente **preenchidas**, na espécie, **as exigências** a que se refere **o § 3º** do art. 58 da Constituição.

Cumpre registrar, ainda, senhora presidente, **em face** das gravíssimas consequências **que vêm afetando** a regularidade do sistema de tráfego aéreo neste País, **com especial atenção** para o trágico acidente ocorrido em 29-9-2006, **que o inquérito parlamentar** pretendido pelas minorias legislativas que atuam na Câmara dos Deputados, **mais do que representar** prerrogativa desses grupos minoritários, **constitui direito insuprimível** dos cidadãos da República, **de quem não pode ser subtraído** o conhecimento da verdade **e** o pleno esclarecimento dos fatos **que tanto prejudicam** os superiores interesses da coletividade.

Impende rememorar, bem por isso, neste ponto, **a precisa observação** – emanada de nossa eminente colega, ministra CÁRMEN LÚCIA – **constante** do douto voto **que proferiu** no julgamento **da ADI 3.619/SP**, rel. min. EROS GRAU, **quando enfatizou**, com propriedade, **que a ofensa** ao direito das minorias parlamentares **constitui**, em essência, **um desrespeito** ao direito **do próprio** povo, **que também é representado** pelos grupos minoritários que atuam no Parlamento:

> ***O poder democrático*** *– de que deve ser testemunha o órgão legislativo –* ***dota a maioria parlamentar*** *do mando* ***e*** *a minoria do controle e fiscalização dos desempenhos havidos pelo órgão.* ***Impedir que uma minoria*** *– representada* ***pelo terço*** *de membros do Congresso* ***e****, simetricamente, por igual número para todos os demais órgãos dos poderes legislativos dos entes federados –* ***possa atuar*** *no sentido de deflagrar o processo de fiscalização* ***pela investigação*** *de fatos certos* ***seria retirar*** *não apenas da minoria,* ***mas do povo*** *que é por ela representado,* ***um dos direitos que lhe assiste****: o de ver o poder ser exercido com ética democrática,* ***sem*** *a qual não há se falar em democracia* ***por ausência*** *de controle do poder.*

(...)

***Assim**, o disposto no art. 58, § 3º, da Constituição da República **garante a eficácia dos princípios** da democracia, da representação **de todos os segmentos** da sociedade, **incluída aí a minoria que cumpre papel institucional** inerente ao regime, **e** o do controle, **sem o que não há possibilidade** de se cogitar de desempenho republicano.* [**Grifei**.]

O princípio geral de vigilância, de fiscalização **ou** de controle – **a que já aludia** o eminente PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente, **em sua clássica obra** sobre a Carta Política do Império do Brasil ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 105/106, itens 125/127, 1858, **obra reeditada**, em 1958, pelo Ministério da Justiça) – **rege**, nas sociedades livres e abertas, **a realização** do inquérito parlamentar, **cuja instauração** – **que não necessita** do beneplácito da maioria legislativa – é atribuída, por isso mesmo, **também à minoria** que atua nos corpos legislativos, **como** esta Suprema Corte, **em mais** de um julgado, **já o proclamou** (**ADI 3.619/SP**, rel. min. EROS GRAU – **MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 24.847/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **na linha** do entendimento **que tem prevalecido** na doutrina (J. M. SILVA LEITÃO, "**Constituição e Direito de Oposição**", 1987, Almedina, Coimbra; DERLY BARRETO E SILVA FILHO, "**Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário**", p. 131/134, item 3.1, 2003, Malheiros; JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação**", p. 169/170, item 2.1.2, 2004, Fabris; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Comissão Parlamentar de Inquérito**", p. 216, item 5, 2001, Saraiva; MANOEL MESSIAS PEIXINHO/RICARDO GUANABARA, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípios, Poderes e Limites**", p. 76/77, item 4.2.3, 2001, Lumen Juris; LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, "**Comissões Parlamentares de Inquérito – Poder de Investigação**", p. 41/42, item 5, 2001, Juarez de Oliveira, **v.g.**), **valendo referir**, no tema, **a lição expendida** pelo saudoso NELSON DE SOUZA SAMPAIO ("**Do Inquérito Parlamentar**", p. 34, 1964, FGV):

***A Constituição quis apenas dizer que a investigação parlamentar não ficaria dependente** sempre da vontade **da maioria**, geralmente o grupo **menos** interessado em iniciativa dessa ordem. **O pensamento do Constituinte** foi, por conseguinte, **o de ampliar** os meios de contrôle do governo, **conferindo**, à oposição **ou a determinada minoria**, ainda **contra** a vontade da maioria, **a faculdade de provocar a investigação parlamentar**. **Do contrário** se limitariam muito o emprego e alcance dessa arma de fiscalização do Executivo, de informação do Legislativo e de esclarecimento da opinião pública.* [**Grifei**.]

Não se pode recusar procedência, portanto, à afirmação – **em tudo compatível** com a essência democrática **que qualifica** o regime político brasileiro, **tal como** veio este a ser definido pelo próprio texto da Constituição da República – de que "O fato de a maioria não necessitar dos votos da minoria para lograr sucesso em todas as suas iniciativas não significa possa ela, só por isso, violentar normas constitucionais e regimentais para abreviar a consumação de atos de

seu interesse. A minoria, face à lei, está colocada em pé de igualdade com ela e todos têm a obrigação indeclinável de se subordinar às normas que se impuseram através de Regimento e às que lhes impôs a Constituição", **tal como assinalou**, em memorável julgamento, **o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** (**RT** 442/193-210, **196**).

Não se revela possível desconsiderar, por tal razão, a própria "ratio" **subjacente** ao preceito normativo **inscrito** no art. 58, **§ 3º**, da Constituição, **cujo fundamento político-jurídico – que deriva da necessidade** de respeito incondicional **às minorias parlamentares – atua como verdadeiro pressuposto de legitimação** da ordem democrática, **tal como adverte** o magistério jurisprudencial dos Tribunais **e**, **em particular**, o desta Suprema Corte:

> *A atuação dum governo* ***democrático*** *e responsável ante o povo* ***requer****, pois, o* ***concurso de uma oposição que desempenhe*** *a dupla função do princípio motor e de órgão de proteção da Constituição.*
>
> Se um *dos vários setores da coletividade* está descontente*, nada serve melhor,* nem *com mais eficácia, para expressão desse descontentamento,* que a conduta da oposição parlamentar.
>
> *(...)*
>
> *Não há, na realidade, regime democrático sem oposição e que a esta se assegure o pleno direito de fiscalizar os atos do grupo majoritário e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições.* [**RT 442/193-210**, **195** – **Grifei**.]

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER.

– A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que (...) culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

– Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.

– A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.

(...)

– O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inconsequente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta.

– A maioria legislativa (...) não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. [**MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

Também o eminente professor PINTO FERREIRA ("**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**", tomo I/195-196, item 8, 5. ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária – **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apoia-se** na existência de uma imprescindível harmonia **entre** a "Majority rule" **e** os "Minority rights":

A verdadeira ideia *da democracia* ***corresponde****, em geral,* ***a uma síntese dialética*** *dos princípios da liberdade, igualdade* ***e dominação da maioria****,* ***com a correlativa proteção às minorias políticas****, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.*

A dominação majoritária *em si, como o centro de gravidade da democracia,* ***exige esse respeito às minorias políticas*** *vencidas nas eleições.* ***O princípio majoritário*** *é o pólo positivo da democracia,* ***e encontra a sua antítese no princípio minoritário****, que constitui o seu pólo negativo,* ***ambos estritamente indispensáveis*** *na elucidação do conceito da autêntica democracia.*

O princípio democrático não é*, pois,* ***a tirania do número, nem a ditadura*** *da opinião pública,* ***nem tampouco a opressão das minorias****, o que seria o mais rude dos despotismos.* ***A maioria*** *do povo pode decidir o seu próprio destino,* ***mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas****, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.*

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia*.* [**Grifei**.]

Vê-se, daí, **que o reconhecimento** do direito de oposição, de um lado, **e a afirmação da necessidade** de se assegurar, em nosso sistema jurídico, **a proteção às minorias parlamentares**, de outro, **qualificam-se**, na verdade, **como fundamentos imprescindíveis** à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, **tal como assinalou**, em passagem brilhante **de seu sempre** douto magistério – **por mim relembrado** no julgamento **do MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO –, o 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**.]

Isso significa, portanto, **numa perspectiva pluralística**, em tudo compatível **com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (**CF**, art. 1º, V), que, **ao lado** do mero reconhecimento formal do direito de oposição, **há que haver a garantia real** que possibilite ao cidadão **o efetivo exercício** do direito de se opor, para que essa prerrogativa essencial **não se converta** em fórmula **destituída** de significado, **o que subtrairia** – consoante **adverte** a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "**Fundamentos de Direito Constitucional**", p. 161/162, item 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente** de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Nesse contexto, **o inquérito parlamentar** desempenha um papel **impregnado** de essencial relevo, pois se qualifica – **enquanto garantia instrumental** do direito de oposição – **como meio expressivo de investigação legislativa**, ensejando, a quem a promove, **mesmo contra a vontade** dos grupos majoritários,

a possibilidade de apreciar, de inspecionar **e** de averiguar, **para coibi-los**, abusos, excessos **e** ilicitudes **eventualmente** cometidos pelos órgãos **e** agentes do governo **e** da administração.

Concluo o meu voto, senhora presidente. **E**, ao fazê-lo, **considerando** as razões ora expostas **e tendo em vista**, ainda, o douto parecer do eminente procurador-geral da República, **concedo** o mandado de segurança, **em ordem a invalidar** a deliberação **emanada** do E. Plenário da Câmara dos Deputados, que, **ao acolher** o recurso **deduzido** pelo senhor líder do PT, **desconstituiu** o ato da Presidência dessa mesma Casa legislativa. **Determino**, em consequência, **a restauração definitiva** da eficácia **do mencionado ato** da Presidência da Câmara dos Deputados, **que validamente reconheceu criada** a CPI do sistema de controle do tráfego aéreo (**Requerimento** 1/2007, do senhor deputado Vanderlei Macris e outros), **devendo**, o senhor presidente dessa Casa do Congresso Nacional, **providenciar a publicação** do ato em questão (fl. 25v.), **nos termos e para os fins** a que se refere o art. 35, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, **com** a adoção **das demais** medidas complementares **destinadas a viabilizar a efetiva instalação** da CPI em causa.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhora presidente, no caso, perquire-se a envergadura desse importante instrumental para a democracia – o requerimento de instalação de comissão parlamentar de inquérito pela minoria.

Então, creio que a espécie, o conflito, envolve, a mais não poder, a própria Constituição Federal.

VOTO
(Sobre terceira preliminar)

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Senhora presidente, já repetidamente tenho oposto minhas reservas ao critério de cognoscibilidade de mandado de segurança contra atos do legislativo, conforme a questão suscitada seja de alçada constitucional ou simplesmente regimental. O meu critério é outro: é saber se há, em tese, direito subjetivo.

Recordo os casos diversos em que desceu o Tribunal a indagações de ordem puramente regimental, assim, a propósito de processos de cassação de mandatos e similares.

De modo que a indagação é essa e por isso fiquei vencido, juntamente com os dois que remanescem da composição do Tribunal, ministro Celso de Mello e ministro Marco Aurélio, no MS 22.494, no qual, valendo-se desse critério, com o qual jamais concordei, o Tribunal não conheceu do mandado de segurança porque uma das razões para que se tornasse sem efeito a criação e, naquele caso, até

a instalação da comissão parlamentar de inquérito seria de ordem regimental: não se teria indicado o montante da despesa a ser gasta com os trabalhos do inquérito.

No caso, entretanto, a questão é nitidamente constitucional. Trata-se de indagar da compatibilidade da admissão de recurso ao Plenário da Câmara contra o ato do presidente que, entendendo satisfeitos os requisitos de criação, declarou criada a comissão parlamentar de inquérito.

Em contraposição à admissibilidade desse recurso, se contrapõe-se que a instituição de comissão parlamentar de inquérito como uma prerrogativa da minoria parlamentar. Assim, nem se põe o problema regimental, que, no precedente, levou ao não conhecimento do pedido.

Acompanho o voto do eminente relator.

DEBATE

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: A única diferença é que se mudou a legenda dos impetrantes e dos impetrados.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, contentemos-nos com a discussão sobre fidelidade partidária. Fidelidade jurídica é demais.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Os serviços jurídicos dos partidos poderiam fazer um intercâmbio, trocar as suas peças.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhora presidente, acompanho integralmente o voto do ministro relator e enfatizo que se trata de um voto histórico, que só acrescenta a toda obra do ministro Celso de Mello uma grande contribuição para a democracia efetivada no Brasil.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhora presidente, também parabenizo o eminente ministro Celso de Mello pelo voto brilhante e histórico que proferiu.

Permito-me observar apenas o seguinte, e fazer uma modestíssima contribuição: certa feita, pesquisando sobre a influência do pensamento republicano na Constituição de 1891 – e Sua Excelência é considerado o historiador desta Corte –, constatei que o art. 28 da citada Carta já garantia a representação das minorias. E mais, o eminente jurista João Barbalho Uchôa Cavalcanti, que foi constituinte, senador e, depois, ministro desta Casa, numa obra primorosa em que comentava a Constituição de 1891, vinda a lume em 1902, dizia o seguinte:

> Este dispositivo constitui uma das mais notáveis disposições da Carta Magna, concebida para suprimir a tirania das maiorias parlamentares e assegurando a livre expansão e influência de todas as aspirações legítimas que surjam no país e tendam ao bem público.

Portanto, essa proteção das minorias, ao contrário do que possa parecer, é algo antigo e que nasce com a própria República brasileira.

VOTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhora presidente, o ministro Celso de Mello proferiu efetivamente um voto precioso, que afirma e reafirma a coerência desta Corte. Não é sem razão já termos um pequeno conjunto de manifestações da Corte publicado sobre CPI.

Acompanho-o integralmente, reportando-me ao voto por mim proferido na ADI 3.619, generosamente mencionado por Sua Excelência mais de uma vez.

É uma situação idêntica e, na linha da coerência, só poderia acompanhá-lo também neste caso.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhora presidente, tenho voto escrito na matéria – uma síntese das ideias que expus durante o julgamento da ADI 3.619 e do MS 24.831, que convergem integralmente com o belíssimo voto proferido hoje pelo ministro Celso de Mello.

Portanto, requeiro pura e simplesmente a juntada posterior desse voto.

Acompanho o voto do relator.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: No julgamento do MS 24.831, tive a oportunidade de assinalar que a proteção das minorias, sejam elas parlamentares, sejam as chamadas minorias sociais insulares, constitui uma das mais importantes facetas do direito constitucional moderno e sem dúvida uma das mais nobres missões da jurisdição constitucional. O nosso direito constitucional, na trilha do direito comparado, oferece indicativos claros da preocupação do constituinte de 1988 em aparelhar as minorias parlamentares, oferecendo-lhes mecanismos de intervenção e controle aptos a permitir que sua voz se faça ouvir de forma consequente no processo político. A legitimação dos partidos políticos para a ação direta de inconstitucionalidade é uma clara demonstração dessa preocupação do constituinte de 1988.

(...) Longe de se confinar no papel tradicional de proteção a direitos subjetivos, cabe ao órgão da jurisdição constitucional velar com a máxima atenção pela preservação de certos equilíbrios institucionais, entre os quais o que se consubstancia na necessidade de conferir uma espécie de estatuto às minorias parlamentares, que é, a meu ver, um imperativo do regime democrático.

Em seu célebre e essencial artigo *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, publicado na RDP francesa de 1928, Hans Kelsen, traçando o elo entre controle

de constitucionalidade e as exigências do regime democrático, discorre de forma lapidar acerca do relacionamento entre maioria e minoria, em passagens pertinentes à jurisdição constitucional que se ajustam perfeitamente ao caso ora em julgamento. Disse *Kelsen*:

> *Toute minorité – de classe, nationale ou religieuse – dont les intérêts sont protégés d'une façon quelconque par la Constitution a donc un intérêt éminent à la constitutionalité des lois. Cela est vrai en particiulier si l'on suppose un changement de majorité qui laisse à l'ancienne majorité, devenue minorité, une force encore suffisante pour empêcher la réunion des conditions nécessaires pour une révision légale de la Constitution. Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparait comme un moyen particulièrement propre à realiser cette idée. La simple menace du recours au tribunal constitutionnel peut étre entre les mains de la minorité un instrument propre à empecher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par là, en dernière analyse, à la dictatute de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité.*[1]

De fato, como ressalta *Eduardo Fortunato Bim*, em interessante artigo sobre o tema:

> As CPIs, típicas dos sistemas parlamentaristas, são provenientes das monarquias e repúblicas parlamentaristas europeias, mas também passaram a vigorar nas Constituições americanas.
>
> **São, por excelência, instrumentos potestativos de investigação da minoria parlamentar**. Wolfgang Zeh Bundestag (1994, p. 29-30) aduz:
>
> > a oposição em geral não tem a oportunidade de obter pronunciamentos majoritários do Parlamento contra o Governo, só pode forçar o Governo e a maioria parlamentar a uma discussão pública e a um debate ordinário nas comissões, sempre que o regulamento dê a possibilidade de fazê-lo (tradução nossa).
>
> Nas palavras de Antônio Torres de Moral (1998, p. 199):
>
> > Se alinham, entre as instituições de controle parlamentário do Governo, ou melhor, da oposição sobre a maioria, posto que normalmente será aquela que instará sua criação, dado que o Governo não necessita delas para investigar qualquer assunto nacional.
> >
> > (...)
>
> Enfatiza Pontes de Miranda (1960, p. 434) que a CPI é a arma possível da minoria contra a maioria. Ela não pode ser obstada pela maioria se houver o quorum mínimo exigido para a sua criação; a maioria deve curvar-se perante à minoria!
>
> No expressivo comentário de José Nilo de Castro (1996, p. 41):
>
> > Porque a Constituição assegura à minoria [e é o único momento na vida parlamentar em que a minoria tem voto e vez] o privilégio de requerer a criação das CPIs [o Texto Constitucional diz "serão criadas", e não "poderão ser criadas"], não seria admissível que seus trabalhos fossem suspensos e mesmo extintos pela vontade da maioria.

---

[1] KELSEN, Hans. *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*. Paris: RDP. 1928, p. 252.

> O Tribunal de Justiça de São Paulo, logo após a promulgação da Constituição de 1988, em memorável acórdão, demonstrou a vocação das CPIs como instrumentos das minorias, *in verbis*:
>
> > Há, inequivocamente, nesse dispositivo constitucional [§ 3º, art. 58 da CF/88], a preocupação de resguardar, como corolário das chamadas democracias, a atuação das minorias nas casas legislativas quase sempre esmagadas pela "onipotência da maioria" (...) Esse mecanismo constitucional permite que a minoria, sem depender de outro quorum que não um terço dos membros da Câmara, tenha condições de investigar e colher provas de irregularidades na Administração.
>
> Nesse mesmo sentido, ainda enfatizou o TJSP que, mediante o requerimento de um terço dos membros da Câmara, as minorias podem "impor ao colegiado a constituição da comissão especial de inquérito", concluindo ser "esse princípio que informa as disposições constitucionais que permitem que um terço da Câmara possa, sem que se oponha a maioria, obter a constituição das comissões especiais de inquérito". [Grifos nossos.][2]

Na presente impetração, estamos diante de manifesta "manobra" adotada pela maioria parlamentar objetivando obstar ou postergar a instalação da CPI sobre "as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, chamada de 'apagão aéreo', desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29 de setembro de 2006, envolvendo um Boeing 737-800, da Gol (voo 1907), e um jato Legacy, da América ExcelAire, com mais de uma centena de vítimas".

Isso porque, conforme narram os impetrantes, o requerimento para a criação da CPI foi deferido pelo presidente da Câmara, em 7 de março de 2007. Contudo, essa decisão foi objeto de questão de ordem não conhecida pelo presidente e, em seguida, recurso com efeito suspensivo ao Plenário daquela Casa. A apreciação do recurso pelo Plenário da Câmara resultou na determinação para que a CPI não fosse instalada.

Em outras palavras, de forma tortuosa, sub-reptícia, logrou-se obter aquilo que a Constituição não autoriza e que é impróprio num Estado Democrático Direito, isto é, na prática delegou-se ao Plenário da Casa legislativa a crucial decisão acerca da instauração de uma comissão parlamentar de inquérito, ferindo, assim, o direito das minorias parlamentares, em total descompasso com a norma constitucional que regula a matéria (art. 58, § 3º, da CF/1988).

Ora, no julgamento da ADI 3.619 já afirmei: "conforme já ficou suficientemente enfatizado nesta Corte, por ocasião do julgamento do MS 24.849 (rel. min. Celso de Mello), a instalação de CPI constitui direito das minorias parlamentares e não pode ser obstaculizada por meio de artifícios normativos, sob pena de se comprometer a própria natureza democrática do regime sob o qual vivemos.

Nesse sentido, como bem salientou o ministro Celso de Mello no julgamento do MS 24.831:

---

[2] BIM, Eduardo Fortunato. A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito. Instrumentos da minoria parlamentar e informação da sociedade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 2005, n. 165, p. 107-122, jan./mar.

> É importante ter presente que o Parlamento 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, desde que respeitados os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal.

Prossegue Sua Excelência:

> Vê-se, do preceito constitucional em questão, que a instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito.

A leitura correta do § 3º do art. 58 da Constituição federal é no sentido de que, preenchidos os requisitos acima enumerados, instala-se, *ipso facto*, a CPI, sem necessidade de nenhuma outra deliberação de outras formações da casa legislativa, cujos órgãos diretivos ou deliberativos, a partir daí, têm competência para praticar meros atos de ofício, desprovidos de conteúdo discricionário no que diz respeito à instalação e ao funcionamento da CPI.

Ante o exposto, acompanho o brilhante voto do eminente ministro relator e concedo a segurança.

VOTO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhora presidente, entendo, também, que o eminente ministro Celso de Mello lavrou um tento; proferiu um voto antológico, a começar pela perfeita interpretação do § 3º do art. 58 da Constituição, especialmente quando faz a distinção entre poder decisório substancial, que assiste a essa minoria qualificada de um terço dos requerentes de uma comissão parlamentar de inquérito, e poder decisório meramente formal ou declaratório, que assiste ao presidente da Mesa da Câmara, no caso. Essa distinção entre poder decisório substancial e poder decisório formal ou declaratório é uma interpretação corretíssima, tecnicamente irretocável dessa passagem do § 3º do art. 58 da Constituição. Passagem que se constitui em norma de eficácia plena, operando por si mesma, claro que verificados os demais requisitos consubstanciados na indicação de fato certo e na indicação de prazo determinado. Como norma de eficácia plena, o inciso I do art. 60 da Constituição diz que as emendas à Constituição são de iniciativa:

> Art. 60. (...)
> I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

E a ninguém ocorreria dizer que essa norma constitucional, que dispõe sobre iniciativa legislativa, carece de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

No mais, Sua Excelência, magnificamente, deixa claro que democracia é governo, não da totalidade do povo ou do corpo eleitoral do país, mas da maioria;

ou melhor, a majoritariedade é elemento conceitual da democracia, porém estruturalmente instável, porque, nela, embute-se a ideia de alternância no poder, ou seja, de uma maioria eventual hoje tornar-se uma minoria eventual amanhã e vice-versa.

Lembro-me de que Wilson Acioly didaticamente dizia: "democracia é o governo da maioria, respeitados os direitos da minoria ou das minorias."

E, entre esses direitos, há dois salientes: o direito de a minoria se tornar maioria, pela unção da urna, que é a pia batismal do voto. E o segundo é esse enfatizado pelo ministro Celso de Mello: existe um verdadeiro estatuto das minorias ou estatuto das oposições, de que o requerimento da CPI, com esse caráter constitutivo, é uma ferramenta. Um mecanismo valiosíssimo e até indispensável.

Acompanho, com todo louvor, o voto do eminente relator.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhora presidente, reporto-me ao que a Corte já fixou no MS 24.831 (relator ministro Celso de Mello) – em que tenho voto declarado – e na ADI 3.619 (relator ministro Eros Grau), em que se reconheceu que o poder próprio de criação de comissões parlamentares de inquérito é direito subjetivo, de raiz constitucional, das minorias, como instrumento indispensável do mecanismo democrático de fiscalização parlamentar do exercício do poder, e, de certo modo, representação das correntes ideológicas encarnadas pelos partidos, e cujo exercício depende apenas da coexistência de três requisitos: o primeiro, subscrição do requerimento pelo mínimo de um terço dos membros da Casa; segundo, descrição ou individuação de fato determinado como objeto da comissão; terceiro, previsão de prazo certo. Diante dessa coexistência, nem direção da respectiva Casa, nem a maioria podem, seja por ação, seja por omissão, impedir a efetivação, ou melhor, o exercício concreto desse direito por parte da minoria.

Viu-se, no caso, manobra que, em termos jurídicos, estritamente jurídicos, foi tentativa de fraude à Constituição, pois, por via de uso de um recurso e do resultado de um recurso submetido ao Plenário, tentou-se paralisar, inviabilizar ou inibir o exercício daquele direito, que, evidentemente, não pode estar na dependência do arbítrio da maioria, caso em que não passaria de farsa.

Acompanho, integralmente, o voto que – conforme costuma dizer o ministro Sepúlveda Pertence – foi antológico, ou, quem sabe, mais do que antológico.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu também, senhora presidente, sou daqueles que ressaltam o caráter antológico, histórico mesmo, deste voto proferido pelo ministro Celso de Mello. Acredito que o Tribunal, hoje, tem, uma vez mais, a possibilidade histórica de reafirmar essa sua jurisprudência do papel da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias – eu não me canso de referir ao texto célebre de Kelsen, na sua jurisdição constitucional, em que se resolve essa suposta antinomia entre jurisdição constitucional e democracia,

demonstrando que, na verdade, a jurisdição constitucional cumpre um papel importante ao velar pela observância das regras básicas da Constituição, ressalvando e protegendo, inclusive, essa relação entre maioria e minoria, permitindo que a democracia se consolide de forma clara. Isso está no célebre texto de 1928, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, na época se falava, ainda, em jurisdição estatal, e não jurisdição constitucional. É sempre bom lembrar esse texto, porque foi produzido pouco antes do colapso da democracia na Europa.

Claro, hoje, não temos nenhuma dúvida de reconhecer, aqui, como também no texto constitucional alemão, da Lei Fundamental, que, em se tratando desse tipo de requerimento, há, sim, um direito subjetivo da minoria. Ressalto, de forma breve, que o Tribunal mostra o compromisso com essa tese, histórica, com eventuais ou pequenas rupturas, como já foi mencionado aqui, e que, em se tratando de direitos subjetivos, reconhece não haver falar em questão política. É fundamental que esse aspecto seja devidamente destacado, para que se reforce, enfatize-se o controle que se exerce sobre os atos do Congresso Nacional, porque, na medida em que nós reconhecemos o conteúdo das questões políticas ou mesmo apelamos para a fórmula da *interna corporis*, estamos a reconhecer a indoneidade desses atos e, por conseguinte, a sua não submissão ao controle judicial.

Creio que o Tribunal, hoje, está, mais uma vez, a enfatizar esta questão, ressaltando o papel fundamental de controle judicial que se exerce, enfatizando, portanto, o valor da própria Constituição.

Com essas brevíssimas palavras, invocando, também, o meu pronunciamento no voto proferido no MS 24.831, acompanho, integralmente, as razões aqui aduzidas pelo eminente ministro relator.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, reporto-me aos votos que tenho proferido neste Plenário sobre a valia emprestada pela Constituição Federal às minorias, confirmando que o verdadeiro equilíbrio decorre do somatório de forças distintas. Ressalto que a Carta da República, no caso, não dá com uma das mãos e retira com a outra, por mais criativa que seja a interpretação a ela emprestada.

Atendidos os requisitos dela constantes, não cabe criar, quer no campo da realidade, quer no da ficção, incidente para, à mercê desse incidente, esvaziar-se o próprio instituto consagrado constitucionalmente, passando a instalação da comissão parlamentar de inquérito a ficar ao sabor da maioria.

Acompanho o relator, ministro Celso de Mello, no entendimento brilhantemente externado. Registro sentir-me lisonjeado com a transcrição de voto que proferi, muito embora integrando corrente minoritária, na companhia de Sua Excelência, do ministro Sepúlveda Pertence e, também, dos ministros Ilmar Galvão e Néri da Silveira no caso referente ao custo das comissões parlamentares de inquérito, uma página virada no Tribunal.

VOTO

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Senhora presidente, também eu me reportarei a três votos anteriores: o voto vencido no MS 22.294, já tanto aqui referido, e mais recentemente o do MS 24.831 e da ADI 3.619. Neles, com subsídios de uma obra de direito comparado de Schneider, mostrei que a Constituição brasileira, desde 1934, optou, decididamente, por configurar, na criação da CPI, uma prerrogativa absoluta da minoria e rejeitar o modelo italiano, no qual a criação da CPI é um poder de fiscalização do Parlamento e, portanto, submetida à votação majoritária.

Particularmente, na ADI 3.619, cuidava-se, como recordam os eminentes colegas, de ação direta do Partido dos Trabalhadores, arguindo a inconstitucionalidade de disposição do Regimento Interno da Assembleia Legislativa de São Paulo, que submetia à votação do Plenário o requerimento de formação de comissões parlamentares de inquérito. Este último precedente – ADI 3.619 –, a meu ver, é de perfeita adequação ao caso concreto. A diferença, hoje, não é de substância, mas apenas que a decisão plenária da Câmara dos Deputados, ora questionada, pretendeu ser mais sutil. Ao invés de submeter diretamente o requerimento ao Plenário – como determinava o regimento da Assembleia paulista por nós declarado inconstitucional – valeu-se, a maioria, de um recurso contra a decisão do presidente da Casa que, no exercício de sua competência, declarara criada a comissão.

A pretensão de sutileza começa, no entanto, com todas as vênias, por uma violação de norma regimental inequívoca, o art. 35, § 2º, do Regimento Interno. E, como já disse, não dou às decisões, em matéria regimental, quando esteja em jogo um direito subjetivo, uma prerrogativa ou uma garantia a imunidade à jurisdição que algumas decisões do Tribunal lhe emprestaram; isto, para mim, seria bastante.

Sucede mais: a disposição regimental – demonstrou-o, no voto que dispensa achegas, o eminente relator, ministro Celso de Mello – é a única compatível com a Constituição: ao só permitir recurso ao Plenário da denegação da criação da CPI, apenas reforça o perfil que lhe emprestou a Lei Fundamental de uma garantia absoluta da minoria qualificada das Casas do Congresso Nacional. Isto é bastante para não "chover no molhado", depois do voto do ministro Celso de Mello.

Apenas lhe faço um pequeno retoque: Sua Excelência entusiasmou-se e, praticamente, rejulgou o recurso interposto. Creio que isso não está em causa.

O sr. ministro Celso de Mello (relator): Isso só vem a demonstrar que, mesmo se cabível fosse o recurso do grupo majoritário, ainda assim deveria prevalecer o ato da Presidência da Câmara dos Deputados, que reconheceu constituída a referida comissão parlamentar de inquérito.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Mas creio que, rigorosamente, isso não está em causa. Poderia até estar se, ao contrário, os Partidos que compõem a maioria trouxessem a este Tribunal a eventual inconstitucionalidade da criação da CPI considerada.

E, por isso mesmo, faço um pequeno reparo ao parecer, também irretocável, do eminente procurador-geral da República, quando Sua Excelência chega a sustentar o descabimento até da questão de ordem. Não está em causa se, ante uma questão de ordem, o presidente da Casa poderia retratar-se; no caso, não se retratou. Agora, não quero negar à corrente que se opõe a criação de uma determinada CPI, em linguagem nossa de recurso extraordinário, prequestionar a matéria, em questão de ordem, para eventualmente submetê-la, depois, ao crivo do Supremo Tribunal. O que não se admite, seja por votação direta do requerimento, como ocorria na Assembleia paulista, seja mediante essa via indireta e pretensamente mais sutil do recurso, é entregar à maioria o que, no nosso sistema – que é fiel, desde 1934, à fórmula do constitucionalismo alemão –, é prerrogativa absoluta da minoria qualificada e não mero poder de iniciativa de uma deliberação plenária, como no sistema italiano.

Acompanho, com prazer, o voto do eminente ministro Celso de Mello.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (presidente): Também eu nada tendo mais a acrescentar, acompanho o brilhante voto do ministro Celso de Mello, que coloca uma nova página nessa construção doutrinária relativa ao modo como esta Casa tem interpretado a Constituição, especificamente no que tange ao poder de investigação que detém o Congresso Nacional.

EXTRATO DA ATA

MS 26.441/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Impetrantes: Antônio Carlos Pannunzio e outros (Advogados: Afonso Assis Ribeiro e outros), Fernado Coruja (Advogado: José Vigilato da Cunha Neto) e Onyx Lorenzoni (Advogados: Thiago Fernandes Boverio e outros). Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e presidente da Câmara dos Deputados. Litisconsorte passivo: Luiz Sérgio Nóbrega de Oliveira (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, sem divergência, concedeu o mandado de segurança, nos termos do voto do relator. Votou a presidente, ministra Ellen Gracie. Ausentes, na preliminar de prejudicialidade, os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Eros Grau e, na preliminar suscitada pelo litisconsorte passivo, apenas o ministro Marco Aurélio. Falaram, pelos impetrantes, o dr. Carlos Bastide Horbach e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, procurador-geral da República.

Presidência da ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 25 de abril de 2007 — Luiz Tomimatsu, secretário.

HABEAS CORPUS 99.619 — RJ

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Washington Vieira da Silva — Impetrante: Paulo Henrique de Almeida David — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Confisco de bem. Interceptação telefônica. Competência. Fundamentação. Prorrogações.**

1. O *habeas corpus*, garantia de liberdade de locomoção, não se presta para discutir confisco criminal de bem.

2. Durante a fase de investigação, quando os crimes em apuração não estão perfeitamente delineados, cumpre ao juiz do processo apreciar os requerimentos sujeitos à reserva judicial levando em consideração as expectativas probatórias da investigação. Se, posteriormente, for constatado que os crimes descobertos e provados são da competência de outro juízo, não se confirmando a inicial expectativa probatória, o processo deve ser declinado, cabendo ao novo juiz ratificar os atos já praticados. Validade das provas ratificadas. Precedentes (HC 81.260/ES, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, por maioria, julgamento em 14-11-2001, *DJ* de 19-4-2002).

3. A interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. Entretanto, pode ser necessária e justificada, circunstancialmente, a utilização prolongada de métodos de investigação invasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura, casos de crimes habituais, permanentes ou continuados. A interceptação telefônica pode, portanto, ser prorrogada para além de trinta dias para a investigação de crimes cuja prática se prolonga no tempo e no espaço, muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional. Precedentes (decisão de recebimento da denúncia no Inq 2.424/RJ, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, *DJE* de 26-3-2010).

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, na parte conhecida, 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 maioria de votos, em conhecer, em parte, da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, denegá-la, nos termos do voto da relatora para o acórdão.

Brasília, 14 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 indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 550 a 553):

Perdimento de bens – Matéria não submetida ao Superior Tribunal de Justiça – Liminar indeferida.

1. A Assessoria assim resumiu esta impetração:

Vossa Excelência, às folhas 365 à 367, proferiu o seguinte despacho:

Habeas corpus – Informações.

1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete:

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento a apelação interposta pelo paciente, refutando a alegação de vícios na sentença condenatória. Assentou cuidar-se de organização criminosa articulada para o tráfico internacional de drogas, com a utilização da estrutura e de alguns integrantes da Força Aérea Brasileira. Anotou que o juiz de direito, tendo presente a ocorrência de tráfico interno de drogas, atendeu à representação subscrita pela autoridade policial e autorizou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos, entre eles, o paciente. No curso das investigações, detectada a prática transnacional do delito, o juízo estadual declinou da competência para a Justiça Federal, revelando-se lícita, então, a prova colhida, considerado o tempo em que deferida a realização do ato. Ressaltou, mais, que a aparente limitação prevista na Lei 9.296/1996 não constitui óbice à renovação do pedido de interceptação telefônica por mais uma vez, se porventura mostrar-se imprescindível à continuidade do procedimento. Consignou não representar nulidade a ausência de edição das gravações, ante a inaptidão do material não transcrito como elemento probatório para a persecução penal. Afirmou ter sido observado o devido processo legal durante a instrução criminal e estarem caracterizadas a associação para a prática de crime de tráfico internacional de drogas bem assim a autoria do delito. A sentença foi reformada na parte atinente ao perdimento de bens. Em relação ao paciente, impôs-se a perda dos bens, direitos e valores que se traduzem em proveito auferido com a atividade criminosa (fls. 262 a 328).

A defesa impetrou *habeas* no Superior Tribunal de Justiça – de número 120.064 –, distribuído ao ministro Felix Fischer. Apontou a deficiência de fundamentação do ato mediante o qual foi determinada a quebra de sigilo telefônico, pois não exposta de forma suficiente a necessidade da medida cautelar. Sustentou a nulidade da prova oriunda de escuta telefônica, porquanto ordenada por

juízo estadual que, posteriormente, declinou da competência para a Justiça Federal e porque a interceptação telefônica não veio a ser fiscalizada pelo Ministério Público Federal.

A impetração não foi conhecida quanto a essa última alegação ante o fato de a não intimação do representante do Ministério Público para acompanhar a produção da prova colhida mediante escuta telefônica constituir nulidade relativa, a qual, quando não arguida oportunamente, fica acobertada pela preclusão. Registrou-se, ainda, a ocorrência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Relativamente aos demais pleitos, a ordem foi indeferida, assentando-se a regularidade do processo (fls. 95 a 109).

Este *habeas* volta-se contra esse julgado. O impetrante sustenta:

a) a ilicitude da prova colhida mediante escuta telefônica, em face das diversas prorrogações ocorridas por meio de ato deficiente de fundamentação;

b) o desrespeito às disposições da Lei 9.296/1996, asseverando que se decidiu em sentido contrário à óptica revelada pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 76.686, relatado pelo ministro Nilson Naves, quando afirmada a necessidade de serem fundamentadas as prorrogações de autorização de quebra de sigilo telefônico;

Insurge-se contra a parte da decisão atinente ao perdimento dos bens, destacando ter sido adquirido o imóvel familiar do paciente em momento anterior à ocorrência dos fatos a ele imputados. Afirma, por isso, ser injurídica e nula de pleno direito a retroação dos efeitos da sentença condenatória.

O impetrante pede a concessão de liminar para sustar, até o julgamento final desta impetração, o perdimento do imóvel. No mérito, pleiteia seja reconhecida:

a) a ilicitude da prova colhida mediante escuta telefônica e dos atos que implicaram a prorrogação da interceptação, os quais reputa deficientes de fundamentação e desprovidos de razoabilidade, considerado o fato de terem perdurado por mais de nove meses;

b) a nulidade da sentença no tocante ao perdimento de bens, ante o efeito retroativo dado a esse dispositivo da sentença.

c) a nulidade do Processo-Crime 99.004.7393-0, que teve curso no Juízo da 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Não veio a este processo cópia da petição inicial do *habeas* impetrado no Superior Tribunal de Justiça. No entanto, da leitura do relatório do acórdão ora atacado, verifica-se não haver sido submetida à apreciação da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça a controvérsia

relacionada ao perdimento dos bens em virtude da condenação por crime de tráfico de drogas. Não consta também a notícia do estágio atual da ação penal, mas, no voto condutor do referido acórdão, mencionou-se a ocorrência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

(...)

2. Oficiem ao Superior Tribunal de Justiça, para prestar informações a respeito dos fatos noticiados na impetração e remeter cópia da inicial do HC 120.064.

3. Ao impetrante, para, querendo, antecipar-se quanto à providência.

4. Publiquem.

O impetrante, antecipando a notícia, requereu a juntada de cópia da inicial protocolada no Superior Tribunal de Justiça (fl. 380) e do acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no qual figuraram como apelantes o paciente e o Ministério Público Federal. O recurso do paciente foi desprovido e o da acusação veio a ser parcialmente provido, para determinar-se o perdimento dos bens (fls. 402 a 470).

O Superior Tribunal de Justiça prestou informações (fls. 522 e 523). Segundo esclarecido na peça, o impetrante sustentou: i) a violação do devido processo legal, pois a condenação do paciente se fundou em provas oriundas de juízo o qual reputou incompetente, tendo em conta o fato de as interceptações haverem levado à conclusão quanto à internacionalidade do tráfico de entorpecentes; ii) ilegalidade das interceptações telefônicas, autorizadas sem a observância dos preceitos legais, especialmente porque não existiam indícios de autoria e a prova poderia ser realizada por outros meios; iii) ausência de fundamentação da decisão mediante a qual autorizada a interceptação, com desrespeito ao prazo de quinze dias para renovação da diligência e falta de ciência da medida ao Ministério Público; iiii) nulidade, por derivação, de todos os atos posteriores, em virtude de contaminação. Não houve o acolhimento do pedido acautelador. A Quinta Turma do Superior Tribunal conheceu parcialmente da ordem e, nessa extensão, indeferiu-a.

Este processo foi distribuído a Vossa Excelência, por prevenção, considerado o HC 96.870, relacionado ao mesmo paciente. Na mencionada impetração, a Primeira Turma do Supremo indeferiu a ordem. Cópia do acórdão está juntada na contracapa.

(...)

Brasília – residência –, 19 de dezembro de 2009, às 19h.

No parecer de fls. 556 a 571, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do *habeas* e, se conhecido, pelo indeferimento da ordem. Aduz não haver nulidade na interceptação determinada por juízo que se considerou competente para processar e julgar ação penal por suposto crime de tráfico de drogas, mesmo que, posteriormente, o processo tenha sido deslocado para a Justiça Federal diante dos novos elementos fáticos colhidos em razão das interceptações telefônicas, que revelaram hipótese de tráfico internacional.

Assevera que o impetrante não trouxe ao processo a sentença mediante a qual condenado o paciente por crime de tráfico internacional de drogas. Entende ser imprescindível a peça para análise de eventuais nulidades: se a condenação fundou-se exclusivamente nas interceptações ou se o juízo valeu-se de outras provas.

Afirma haver indícios da existência de outras provas, porquanto, na ocasião do deslocamento do inquérito para a Justiça Federal, foi determinado o apensamento ao Processo 99.45156-2, o qual já se encontrava em curso e vinculado a outros doze, alguns tendo por objeto interceptações telefônicas dos integrantes do grupo, impedindo, assim, o acolhimento do pedido de anulação da prova.

Quanto à lisura do procedimento envolvendo as sucessivas prorrogações das interceptações, diz da ausência de contrariedade às normas legais e infraconstitucionais. Cita precedentes do Supremo no sentido de a apuração dos fatos dever perdurar pelo tempo necessário.

Relativamente à decretação do perdimento de bem imóvel, afirma que o tema não foi suscitado e não chegou a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça. O julgamento da matéria pelo Supremo resultaria em indevida supressão de instância.

Lancei visto no processo em 6 de novembro de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 22 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Inicialmente, ressalto que o tema alusivo ao perdimento dos bens não veio a ser submetido ao Superior Tribunal de Justiça. Conforme se depreende do acórdão impugnado mediante este *habeas*, foram veiculadas, em idêntica medida, duas causas de pedir. Uma, concernente à competência para determinar as interceptações telefônicas. A outra, referente às prorrogações sucessivas.

Quanto à primeira, descabe concluir pela ilegalidade. Fez ver o Superior Tribunal de Justiça que, à época em que o juízo estadual implementou a ordem no sentido de serem interceptadas as ligações telefônicas, não se tinha ideia do envolvimento de tráfico internacional de substâncias entorpecentes. Em síntese, surge que, ante o contexto, incumbia ao juízo estadual atuar. O simples fato de haver declinado da competência para a Justiça Federal, diante de parâmetros a revelarem a internacionalidade do tráfico de substâncias entorpecentes, não torna ilícita a providência determinada.

A interceptação telefônica resultou de representação de delegado da Polícia Federal lotado na Delegacia de Prevenção e Repressão a Entorpecentes. Então, o juízo estadual, mediante ato que rotulou como despacho, deferiu-a nos seguintes termos:

Defiro o pedido de monitoramento junto à Telerj.

Oficie-se ao Sr. Diretor de Operações da Telerj, determinando o monitoramento da linha aqui mencionada, devendo o ato ser realizado pela Superintendência da Polícia Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Fixo o prazo de 30 (trinta dias), a partir da disponibilização dos prefixos aludidos. Em relação aos telefones celulares, fixo o mesmo prazo para o monitoramento a ser realizado por equipamento próprio da Polícia Federal.

Nomeio para a prática dos atos, meu secretário, o qual deverá também ser responsável pela guarda do expediente, tudo na conformidade da lei.

Nota-se que a citada decisão interlocutória veio ao mundo jurídico sem qualquer fundamento, deixando de ser observada a norma cogente do art. 5º da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996:

> Art. 5º 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.

Mais do que a ausência total de motivação – e o preceito comina, em assim ocorrendo, a nulidade –, percebe-se a inobservância do prazo máximo versado na norma legal, ou seja, dos quinze dias. O período inicialmente fixado foi de trinta dias. Além disso, houve sucessivas prorrogações. A primeira por mais trinta dias, chegando-se, a seguir, a sessenta dias. Ao todo, foram sete. Seis delas por sessenta dias.

Salta aos olhos o desrespeito à lei disciplinadora do afastamento do sigilo previsto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Assentada a ilicitude da interceptação telefônica, tem-se como insubsistente a instrução verificada, ficando fulminados, assim, os pronunciamentos judiciais – do Juízo e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento da apelação. Devem-se afastar do processo-crime os atos judiciais, em termos de instrução, que decorreram da citada prova, considerada a contaminação. Defiro a ordem nesses termos.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, só para um esclarecimento: o ministro Marco Aurélio, num primeiro momento, indeferiu a liminar e, agora, entende que a interceptação foi prolongada demais, fora da lei. Então Vossa Excelência afasta essa prova.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): A determinação de quebra do sigilo também não veio ao mundo jurídico fundamentada. Considero as duas causas de pedir. Não considero aquela outra que diria respeito ao perdimento de bens. Não sei nem se o *habeas* seria o remédio próprio a ter-se o exame do tema. De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça nada decidiu a respeito.

O sr. ministro Luiz Fux: Entendi. Muito obrigado.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Vossa Excelência está deferindo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Estou deferindo, presidente.

A sra. ministra Rosa Weber: Se permite, senhor presidente, só para esclarecer, eu compreendi que o eminente relator não conhece do *habeas corpus* no que diz respeito ao perdimento do imóvel e, na parte conhecida, ele estaria concedendo a ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Fujo muito – no tocante a essa ação nobre, que é o *habeas corpus*, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão – a essa nomenclatura "não conhecimento". Simplesmente não adentro

a matéria dizendo que o tema não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça. Agora – para utilizar expressão muito a gosto –, concedo a ordem quanto às outras duas causas de pedir – ausência da fundamentação da ordem de interceptação telefônica e prorrogações quase que a mais não poder.

Esclareço que ocorreu condenação na primeira instância e no Regional, ou seja, houve a confirmação da decisão prolatada pelo Juízo.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, com todo respeito, com relação à concessão da ordem, eu tenho uma compreensão diversa.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Vossa Excelência não conheceria em relação à parte relativa à pertinência...

A sra. ministra Rosa Weber: Não fecharia a questão. O meu voto é no sentido de não conhecer do *habeas* no que tange ao perdimento do imóvel. Fico mais vinculada no *habeas* à liberdade de locomoção, à liberdade ampla, embora entenda extremamente relevantes os fundamentos do ministro Marco Aurélio. Com relação a essa parte, eu proponho o não conhecimento.

Com relação às outras duas causas de pedir, eu peço vênia ao eminente relator para divergir e denego a ordem. Entendo que, de fato, houve um extrapolamento do prazo de quinze dias, prorrogável por mais quinze, mas que, nesse tipo de delito, nesse tipo de investigação, de fato, a meu juízo, ele se justifica, há precedentes neste próprio Supremo Tribunal Federal quanto a essa possibilidade.

Na verdade, considerando que, neste processo, está envolvido supostamente um grupo criminoso organizado dedicado ao tráfico de drogas, entendo que deva ser reconhecida, sim, a necessidade e a validade de interceptação telefônica prolongada e entendo que se justifica o comportamento adotado; não reputo configurado o constrangimento ilegal.

Estou denegando a ordem.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, eu também gostaria de pedir vênia ao eminente ministro Marco Aurélio, porque a Corte já tem jurisprudência assentada de que há uma mitigação dessa regra da interceptação telefônica quando o delito é de alta complexidade. No caso em foco, inclusive, houve uma dificuldade inicial de se apurar a extensão do delito, tanto que se partiu do tráfico usual para o tráfico internacional.

A instância *a quo*, com cognição plenária, entendeu, inclusive, que era uma organização criminosa articulada com o tráfico internacional, com a utilização da estrutura da Força Aérea Brasileira e de alguns dos seus integrantes. Esse fato foi extremamente grave.

E aqui entendeu-se de mitigar essa regra em relação às interceptações telefônicas, de sorte que assim também entendeu o Superior Tribunal de Justiça. Depois de um acórdão bastante profundo do Tribunal local, o Superior Tribunal de Justiça afastou a nulidade das interceptações telefônicas, não só pelo prazo mas também pela questão da competência, porque hodiernamente essa verificação do defeito da incompetência não tem levado a nada senão à remessa dos autos ao juízo competente. Quer dizer, chegou-se à conclusão, hoje – isso já é, digamos assim, uma jurisprudência pacífica nas cortes europeias –, de que é possível trasladar tudo quanto se praticou e remeter para o juízo competente. Esse defeito formal não pode infirmar a questão de fundo.

Aqui há uma série de argumentos, que foram transcritos por mim do acórdão recorrido, que me convenceram, efetivamente, de que não há nenhuma nulidade capaz de conjurar esse crime tão grave que levou à condenação a dezessete anos de reclusão.

O fato é grave, os dados são extensos sobre o fato, todas as medidas judiciais vêm bem fundamentadas, de sorte que eu também acompanho, com a devida vênia, o voto da eminente ministra Rosa Weber.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, também peço vênia ao eminente ministro relator, mas acompanho a divergência iniciada pela ministra Rosa Weber, quer na parte do não conhecimento, quer na parte conhecida, no sentido da denegação da ordem, por entender que, quanto à prorrogação, nós temos até aquela decisão firmada pelo Plenário, na – acho – 2.424, de eventual necessidade e possibilidade. E, quanto à fundamentação, também considerei que houve relevância do que foi posto, suficiente para fundamentar a decisão.

Razão pela qual, mais uma vez apresentando as minhas vênias ao eminente relator, eu acompanho a divergência iniciada pela ministra Rosa.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Ministro Marco Aurélio, só uma pergunta para esclarecimento. A questão de competência, aqui, não é entre instâncias, ou seja, por prerrogativa de foro, é dentro da mesma instância?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não, a questão da competência envolve a determinação do juízo estadual quanto à interceptação telefônica. Até apontei que havia uma incongruência a respeito do requerimento, porque foi encaminhado pela Polícia Federal, e não pela Polícia estadual. Mas, àquela altura, não existiam dados concretos quanto ao envolvimento do tráfico internacional, que levou o juízo, ante o que apurado na escuta, a declinar da competência. Penso que isso não contamina a prova, porque foi implementada quando, de início, era competente a Justiça comum.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): Com esses esclarecimentos, eu vou pedir vênia ao eminente relator para também acompanhar a divergência aberta pela eminente ministra Rosa Weber.

EXTRATO DA ATA

HC 99.619/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Rosa Weber. Paciente: Washington Vieira da Silva. Impetrante: Paulo Roberto de Almeida David. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu, em parte, da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, a denegou, nos termos do voto da ministra Rosa Weber, relatora para o acórdão, vencido o ministro Marco Aurélio, relator. 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. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

HABEAS CORPUS 101.131 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Relator para o acórdão: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Renan Rodrigues de Sousa — Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal — Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça

Processo – Duplicidade – Sentenças condenatórias. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio e por maioria, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 — Marco Aurélio, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuidam os presentes autos de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública do Distrito Federal* em favor de *Renan Rodrigues de Sousa*, com pedido de liminar, insurgindo-se contra ato do Excelentíssimo ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, que estaria a configurar *bis in idem*.

Isso porque, segundo afirma a impetração, a autoridade coatora julgou dois recursos especiais interpostos pelo paciente (n. 1.027.847/DF e 1.075.137/DF) em processos oriundos do mesmo fato (roubo com emprego de arma). Assim, muito embora tenha reduzido as penas impostas ao paciente nos dois processos, deixou de reconhecer a duplicidade de ações penais.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal) ocorrido em 28 de novembro de 2004, às 9 horas, nas proximidades de um ferro velho localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, tendo como vítima Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9).

Em 7 de junho de 2005, a denúncia foi recebida e originou a AP 2005.01.1.0033154. Condenado a uma pena de cinco anos e oito meses de reclusão, o paciente interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e, irresignado com o acórdão pelo parcial

provimento, conseguiu a redução da pena para cinco anos e quatro meses de reclusão por meio do Recurso Especial 1.027.847/DF, em decisão transitada em julgado em 29 de agosto de 2008 (fl. 27).

Pelo mesmo fato, ocorrido em 28 de novembro de 2004, o paciente foi denunciado perante a 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial de Brasília, nos autos 2005.01.1.023628-0, denúncia esta recebida em 7 de julho de 2006 (fl. 35). A condenação à pena de seis anos e dois meses de reclusão, imposta pelo juízo, foi reduzida para quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fl. 31) no julgamento do Recurso Especial 1.075.134/DF, em 16 de abril de 2009.

Na impetração, sustenta-se violação aos princípios da vedação ao *bis in idem* e da coisa julgada, uma vez que o paciente teria sido processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato. Requer liminar para que seja oficiada a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, a fim de excluir-se a condenação decorrente da ação penal em curso perante a 7ª Vara Criminal de Brasília e, no mérito, pleiteia a concessão da ordem para cassar a sentença formalizada pelo mesmo juízo.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento de ofício e pela concessão parcial da ordem para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, nos termos da ementa de fl. 60:

> *Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Ação penal. Duplicidade. Réu julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso. Ações com trânsito em julgado. Alegação de bis in idem. Questão não suscitada nas instâncias inferiores. Nulidade flagrante. Violação da coisa julgada. Conhecimento da ordem ex officio. Prevalência do primeiro processo criminal. Anulação da segunda persecução penal.*
>
> Parecer pelo conhecimento de ofício da impetração com a concessão parcial da ordem para anular a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator):

> *Processual penal. Habeas corpus. Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal). Recurso especial. Duplo julgamento pelo mesmo fato. Segunda decisão mais favorável ao réu. Impossibilidade de revisão pro societate coisa soberanamente julgada mais benéfica. In dubio pro reo. Falta de instrumento legal ou constitucional para rescindir julgado favorável ao demandado.*
>
> 1. A Violação da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício, por isso que, mercê de não apreciada na instância inferior, a supressão de instância inocorre, porquanto a Corte Maior pode deferir a ordem de ofício.
>
> 2. Deveras, a existência de duplo julgamento pelo mesmo fato, comprovada por prova pré-constituída, torna admissível o seu conhecimento de ofício na via estreita do *habeas corpus.*

3. A revisão, no direito processual penal, é instrumento exclusivamente em favor do réu, sendo inadmissível a revisão *pro societate*.

4. Quando o Estado exerce a *persecutio criminis*, a decisão sobre os fatos pelos quais o réu fora condenado só pode ser revista para abrandar a situação do sujeito passivo.

5. *In casu,* o paciente fora processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, foi recebida, em 7-6-2005, denúncia no processo n. 2005.01.1.003315-4 imputando ao paciente a prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), ocorrido no dia 28-11-2004, às 9h, em ferro velho entre a Divineia e a Metropolitana, na cidade satélite do Núcleo Bandeirante/DF.

6. Consoante a denúncia (fls. 8/9), o paciente teria subtraído da vítima, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma bolsa preta contendo R$ 4,00 e alguns objetos de uso pessoal. Posteriormente, em 7-7-2006, foi ajuizada contra o paciente outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0), por fato idêntico ao descrito na AP 2005.01.1.003315-4 (fls. 37/38).

7. A sentença, apesar de divergências doutrinárias, deve ser enxergada como norma jurídica, e, nessa categorização, como é sabido, no conflito entre duas normas de igual hierarquia e especialidade prevalece a mais recente sobre a mais antiga.

8. A sentença posterior prevalece no processo penal, desde que mais favorável ao réu, em obediência à vedação da revisão criminal *pro societate.*

9. O caso *sub judice* não reclama a solução de se considerar anulada a primeira sentença, visto que não incidiu em qualquer vício de juridicidade, e sim de revogá-la.

10. Deveras, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

11. Ordem concedida.

Preliminarmente, verifica-se que as ilegalidades apontadas, quais sejam, a violação aos princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada, não foram submetidas às instâncias inferiores, o que, a rigor, impediria o conhecimento da impetração, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

Habeas corpus. Direito penal e processual penal. Questões não conhecidas pelo STJ. Autoridade coatora. Tribunal de Justiça. Incompetência do STF. Negativa ao direito de recorrer em liberdade fundamentada. Prisão antes do trânsito em julgado. Instrução criminal encerrada. Excesso de prazo prejudicado. Ordem denegada. 1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico de drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4º, da Lei 11.343/2006. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. *Writ* conhecido em parte e denegado. [HC 100.595/SP, rel. min. *Ellen Gracie*, Segunda Turma, julgado em 22-2-2011, *DJ* de 9-3-2011.]

Habeas corpus. Pedido de liberdade. Supressão de instância. Reincidência. Regime fechado. Possibilidade. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. O impetrante, embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o *habeas corpus* ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semiaberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, "multirreincidente". Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semiaberto são reservados aos réus não reincidentes. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. [HC 100.616/SP, rel. min. *Joaquim Barbosa*, Segunda Turma, julgamento em 8-2-2011, *DJ* de 14-3-2011.]

Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Pedido de comutação de pena. Juízo de origem. Apreciação. Ausência. Impossibilidade de seu exame pelo STF sob pena de supressão de instâncias. Alegação de demora no julgamento do mérito de writ pelo Superior Tribunal de Justiça. Excesso de impetrações na Corte Superior pendentes de julgamento. Flexibilização do princípio constitucional da razoável duração do processo que se mostra compreensível. Aposentadoria do relator dos feitos manejados em favor do paciente. Ordem concedida de ofício para determinar sua redistribuição. I – O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II – O excesso de trabalho que assoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes. III – A concessão da ordem para determinar o julgamento do *writ* na Corte *a quo* poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados. IV – Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos *habeas corpus* manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então relator. [HC 103.835/SP, rel. min. *Ricardo Lewandowski*, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010, *DJ* de 8-2-2011.]

Ementa: *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. *Writ* prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. Supressão de instância. *Habeas corpus* não conhecido. 1. Prejudicialidade do *writ* impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inocorrente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. *Writ* não conhecido. [HC 98.616/SP, rel. min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010.]

No entanto, os fatos alegados na presente ordem de *habeas corpus* foram suficientemente demonstrados com a prova pré-constituída. Assim, tratando-se de questão de ordem pública aferível de plano, possível o conhecimento de ofício. Também opinou pelo conhecimento o Ministério Público Federal, nos seguintes termos (fl. 62):

> Inicialmente, verifica-se que a nulidade apontada, vale dizer, dupla condenação do paciente pelos mesmos fatos, não foi objeto de questionamento perante qualquer das instâncias inferiores.
>
> Dessa forma, a matéria esposada no presente remédio constitucional não enseja a análise desse Excelso Pretório sob pena de indevida supressão de instância.
>
> Contudo, da análise dos documentos acostados aos presentes autos, constata-se a procedência da alegação de *bis in idem*, que, por causar a nulidade absoluta de uma das ações penais, é passível de ser conhecida de ofício.

Deveras, observa-se, na documentação trazida pela impetrante, que o paciente fora condenado, primeiramente, na AP 2005.01.1.003315-4, cuja denúncia fora recebida em 7-6-2005 pela 7ª Vara Criminal de Brasília. Na pendência desta demanda, foi ajuizada contra o paciente, em 7-7-2006, outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0) pelos mesmos fatos, desta feita na 6ª Vara Criminal de Brasília, o que ensejou a nulidade absoluta *ab initio* desse segundo processo, em razão do fenômeno processual da litispendência.

Nesse sentido, a doutrina de José Frederico Marques, *verbis*:

> Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis.*
>
> Segundo disse *Chiovenda*, assim "como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide *pende* já perante o mesmo juiz ou perante juiz diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz *invocado antes*". [*Elementos de direito processual penal*. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas, SP: Millennium, 2009, v. 2.]

Conforme noticiado pelo Ministério Público Federal, em caso semelhante, esta Corte anulou sentença proferida em processo em que a persecução penal se deu por fatos idênticos aos julgados em causa anterior, conforme sintetizado na seguinte ementa:

> Direito penal e processual. Litispendência. Dupla condenação pelo mesmo fato delituoso: *bis in idem*. 1. Não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra denúncia, igualmente recebida, pelos mesmos fatos delituosos (no Processo 232/93). 2. A litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação.

3. *Habeas corpus* deferido para, com relação ao paciente, anular-se a sentença proferida no Processo 237/1993 – 23. V. Criminal S.P., bem como o acórdão que a confirmou, na Apelação 861.423, julgada pela 11. Câmara do Tacrim/SP, ficando, quanto a ele, trancado definitivamente o processo. [HC 72.364/SP, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 23-2-1996.]

Ademais, o próprio *Parquet* opinou pela concessão da ordem, em parecer assim delineado (fls. 62/63):

(...) impende consignar que a comprovação da ocorrência da figura do *bis in idem* desponta do simples confronto das iniciais acusatórias oferecidas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que originaram as ações penais n. 2005.01.1.003315-4 e 2005.01.1.023628-0, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, e 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição. Ambas as denúncias narram que no dia 28 de novembro de 2004, por volta das 9 horas, nas proximidades de um ferro velho, localizado entre a Divinéia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente Renan Rodrigues de Sousa subtraiu para si, mediante grave ameaça, exercida por meio de arma de fogo, uma bolsa preta, contendo R$ 4,00 (quatro) reais em espécie e diversos objetos pessoais pertencente a Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9 e 37/38).

Não há dúvida de que pelo mesmo fato, foram instauradas duas ações penais em desfavor do ora paciente. A primeira, pelo Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que recebeu a denúncia na data de 7-6-2005 (fl. 6); a segunda, pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição, que recebeu a inicial acusatória em 7-7-2006 (fl. 35).

Mas, não é só. Ao final, o paciente sofreu dupla condenação: o primeiro decreto punitivo foi proferido pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília, aos 6-10-2006 (fls. 12/18), sendo confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 29-8-2008 (fls. 24/27); já o segundo, foi prolatado pela 6ª Vara Criminal, em 25-4-2007 (fls. 39/44), e confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 19-5-2009 (fls. 29/34).

In casu, portanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória na AP 2005.01.1.003315-4, sobreveio novo pronunciamento judicial na AP 2005.01.1.023628-0 a respeito de fatos idênticos aos versados na primeira demanda.

A primeira condenação não pode ser alvo de revisão criminal, pois não configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, que ora se transcreve:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Por outro lado, a segunda coisa julgada, mais favorável ao réu *(rectius*, condenado*),* também não é passível de reapreciação, porquanto não é admitida no direito brasileiro a revisão criminal *pro societate.*

Analisando a hipótese com a qual ora nos deparamos, de conflito entre julgados, Jorge Alberto Romeiro anotou com maestria (*Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 40-41):

> Manzini, considerando esse caso de inconciliabilidade de julgados, determinante da revisão no direito positivo italiano, o qual figura, também, no de muitos Estados, notou que nem sempre tem o instituto em estudo o fim de reparar um erro judiciário, pois a dita inconciliabilidade deve ser sempre resolvida pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado.
>
> A revisão, escreveu o insigne professor da Universidade de Roma, "*nel caso dell'inconciliabilità dei giudicati, se talora fornisce il mezzo per eliminare l'errore, talaltra può far prevalere l'erroneo sul giusto, perchè nel detto caso la legge mira sopra tutto a far cessare un intollerabile contrasto giurisdizionale*".

No direito pátrio a revisão criminal em desfavor do réu jamais foi admitida. Mesmo quando a EC 1 de 1969 à Carta de 1967 permitiu à legislação ordinária prever hipóteses nas quais o julgado favorável ao acusado poderia ser revisto, a normativa nunca foi editada. O art. 623 do CPP, sobre a legitimidade ativa para a propositura da revisão, prevê: "A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão." O Ministério Público e o ofendido não dispõem de idêntica *legitimatio.*

Certo é que a decisão proferida no segundo processo é norma jurídica, que deve ser respeitada. Vale invocar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual, na sentença "formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento" (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, n. 34, p. 279). Vale dizer, a sentença trânsita em julgado é a norma jurídica para o caso concreto.

Ocorre que, como visto, essa segunda norma não é passível de revisão, pois, na espécie, isso significaria fazer prevalecer uma decisão anterior mais gravosa para o réu. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, "a autoridade da coisa julgada, necessária e indispensável para assegurar a estabilidade das relações jurídicas, impede um reexame contra o réu" (*Código de Processo Penal comentado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 427).

Assim, temos duas decisões, de igual hierarquia e especialidade, impassíveis de impugnação. Impõe-se, face à natureza normativa das decisões judiciais, a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Aliás, no campo do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco, ao sustentar a prevalência da segunda coisa julgada, ressalta a possibilidade de um novo ato estatal revogar o anterior. Assim, a sentença posterior, por não ter sido

rescindida no prazo legal, teria o condão de revogar a sentença anterior. Eis como expõe seu ponto de vista, baseado nas formulações de Liebman:

> Disse ele, realmente, que uma sentença proferida depois da outra tem a eficácia de cancelar os efeitos desta, como todo ato estatal revoga os anteriores. Assim como a lei revoga a lei e o decreto revoga o decreto, assim também a sentença passada em julgado revoga uma outra, anterior, também passada em julgado. Estamos pois fora do campo específico do direito processual, em uma visão bastante ampla dos atos estatais de qualquer dos três Poderes e sempre segundo uma perspectiva racional e harmoniosa do exercício do poder. Na nova lei há uma nova vontade do legislador, que sobrepuja a vontade dele próprio, contida na lei velha. No novo decreto, nova vontade da Administração. Na nova sentença, nova vontade do Estado-juiz. [*Fundamentos do processo civil moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1135.]

No mesmo sentido a lição de Pontes de Miranda, que entende prevalecer a segunda coisa julgada sobre a primeira, porque a norma processual somente prevê a possibilidade de desconstituir a segunda coisa julgada dentro de um prazo específico e, se isso não ocorrer, a anterior é revogada pela posterior. Confira-se o seguinte trecho da obra do autor:

> Dissemos que falta o segundo elemento "sentença trânsita em julgado, que se quer rescindir", se precluiu o prazo para a rescisão de tal sentença. Uma vez que se admitiu, de *lege lata*, com o prazo preclusivo, a propositura somente no biênio a respeito da segunda sentença, o direito e a pretensão à rescisão desaparecem, e a segunda sentença, tornada irrescindível, *prepondera*. Em consequência, desaparece a eficácia de coisa julgada da primeira sentença. Esse é um ponto que não tem sido examinado, a fundo, pelos juristas e juízes: há duas sentenças, ambas passadas em julgado, e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguiram-se. A segunda sentença lá está, suplantando a anterior. [*Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1988. p. 259-260.]

Ademais, o fato de a segunda coisa julgada prevalecer sobre a primeira é razão única da previsão legal de ação rescisória por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), o que pressupõe decisão trânsita anterior. Marinoni e Arenhart, corroborando este entendimento, lecionam:

> A grande questão ocorre no conflito dessas coisas julgadas, após o esgotamento do prazo existente para o oferecimento da ação rescisória (de dois anos – cf. Art. 495 do CPC). Findo esse prazo, tem-se em tese duas coisas julgadas (possivelmente antagônicas) convivendo no mundo jurídico, o que certamente não é possível. Parece que, nesses casos, deve prevalecer a segunda coisa julgada em detrimento da primeira. Além de a primeira coisa julgada não ter sido invocada no processo que levou à edição da segunda, ela nem mesmo foi lembrada em tempo oportuno, permitindo o uso da ação rescisória e, assim, a desconstituição da coisa julgada formada posteriormente. É absurdo pensar que a coisa julgada, que poderia ser desconstituída até determinado momento, simplesmente desaparece quando a ação rescisória não é utilizada. Se fosse assim, não haveria razão para o art. 485, IV, e, portanto, para a propositura da ação rescisória, bastando esperar o

escoamento do prazo estabelecido para seu uso. [*Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 665.]

Na doutrina alienígena, a conclusão não diverge. De início, citamos os ensinamentos de Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1923. p. 900):

> *Quanto alla contrarietá della sentenza ad un precedente giudicato, per diritto romano era questo un caso di nullitá della sentenza, per cui il primo giudicato conservava il suo vigore. Nel nostro sistema la contrarietà dei giudicati può farsi valere come motivo di revocazione (quando uma sentenza non abbia pronunciato su questa eccezione, art. 494, n. 5) o come motivo di cassazione (quando pronunció sulla eccezione relativa, art. 517, n. 8): ma decorsi i termini senza che l'impugnativa sia proposta, questa nullità é sanata, onde il primo giudicato perde valore perchè il secondo giudicato implica negazione di ogni precedente giudicato contrario.*

Igualmente entende Carnelutti (*Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989. v. 1, p. 146):

> *[N]o puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de otro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda.*

Essas lições podem ser transpostas do campo do direito processual civil para o processo penal, mas uma peculiaridade deve ser ressaltada. É que a conclusão pressupõe que ambas as decisões sejam imutáveis e irreversíveis – ou seja, ambas coisas soberanamente julgadas. Ocorre que no processo penal é aberta em caráter perene a via da revisão criminal para o réu. Uma condenação injusta pode ser rediscutida a qualquer tempo (art. 622 do CPP – "A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após"), e essa pode ser considerada uma garantia constitucional, implicitamente extraída do art. 5º, LXXV ("o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"), e do art. 102, I, *j*, da Carta Magna ("Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados").

Sendo certo que a segunda decisão, *in casu*, deve prevalecer, tal não significa que a primeira é nula, como sustenta a impetração. Em verdade, operou-se a revogação do *decisum* anterior, pelo advento de norma concreta, não mais impugnável, em sentido distinto. Inobstante, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

Ex positis, concedo a ordem de ofício para declarar revogada a condenação proferida no bojo da AP 2005.01.1.003315-4, que tramitou perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, prevalecendo, portanto, a sentença prolatada na AP 2005.01.1.023628-0 da 6ª Vara Criminal da

Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, devendo ser oficiada a Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal para os registros cabíveis.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, neste caso, o quadro que se tem é: dois processos, duas ações penais contra o mesmo paciente, pelo mesmo fato, da mesma data. A primeira ação penal transitou em julgado em data posterior, 29-8-2008, enquanto o segundo decreto condenatório da 6ª Vara Criminal de Brasília, embora tenha sido apresentada depois, transitou em julgado anteriormente, 8-5-2007.

O que pretende aqui o impetrante é que se desconheça uma das coisas julgadas e que se faça prevalecer a primeira decisão porque a ele teria sido imputada uma pena menor quando houve o julgamento do recurso especial. E Vossa Excelência está acolhendo este pedido.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu tenho a impressão de que é a segunda decisão que tem uma pena menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a segunda decisão que tem a pena menor. Tanto que no acórdão disse que esse segundo processo do qual advém uma sentença menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aqui pelo menos o dado que tenho é do Ministério Público. Diz:

> A primeira condenação, proferida nos autos da ação penal n. 2005.01.1.0033154, foi imposta pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, que fixou a pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto (...). Por meio do Recurso Especial n. 1.027847/DF, o Superior Tribunal de Justiça diminuiu a reprimenda para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

O segundo decreto condenatório é que, então, seria de seis meses e dois anos que ficou em quatro anos e cinco meses.

O sr. ministro Marco Aurélio: A pena ficou aquém da pena do primeiro.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, ficou aquém.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para raciocinar em voz alta quanto ao princípio lógico do terceiro excluído a revelar que uma coisa é, ou não é. Na espécie, não existe a menor dúvida, é fato incontroverso haver ocorrido dupla acusação e simultâneos processos. Já, então, existiria, quanto ao segundo processo, o óbice ao pressuposto do desenvolvimento válido, a ação ajuizada anteriormente. Mas ambos os processos foram julgados. As duas decisões transitaram em julgado, mostraram-se preclusas. Indago: é possível, ante o sistema

processual, dar prevalência à segunda decisão, ou seja, a que teria transgredido o princípio da coisa julgada relativa ao primeiro processo? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Não posso potencializar a circunstância de, no segundo processo, se haver chegado a uma pena menor, porque se poderia ter chegado, também, a uma maior.

Aqui, não se trata de escolher a decisão que seja mais favorável ao réu. Trata-se de perceber que esse segundo processo não poderia ter tramitado e que, tendo sido prolatada sentença e tendo sido esta coberta pela preclusão maior, é insubsistente porque o processo anterior – quanto à data do ajuizamento da ação, pouco importando a época do trânsito em julgado – já obstaculizava esse segundo crivo do Judiciário.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece-me que o ministro relator está levando em consideração a data da coisa julgada, do trânsito em julgado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É, acho que isso também pouco importa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, porque, processualmente, antes do trânsito em julgado, tem-se a impossibilidade jurídica de tramitarem duas ações iguais, é o que denomino de pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo. Que processo? Desse segundo que resultou na coisa julgada. É subsistente a coisa julgada se havia o vício original? Não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sem dúvida. Essa é que é a questão a se colocar. Então como é que se explica uma ação rescisória por violação da coisa julgada?

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, explica-se porque é uma ação de impugnação autônoma versada na Constituição Federal.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aqui, não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Que pressupõe uma decisão que transitou em julgado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, e que a impugna.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas e se não se propuser a ação rescisória? Prevalecerá a segunda coisa julgada. É claro, no meu modo de ver, *data maxima venia*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, ministro. A partir do momento em que se questiona – e isso se fez na via do *habeas corpus*, sustentando-se a prevalência da segunda decisão –, perquire-se se essa segunda decisão foi formalizada de acordo com o figurino processual. Assentamos que não, à toda evidência, pelo menos para mim. Confesso-me sempre um juiz do trabalho!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Nós estamos partindo de premissas um pouco diferentes, mas respeito as premissas de Vossa Excelência. Parto da premissa seguinte: a figura da litispendência, quer dizer, quando se promove uma outra ação quando a outra está em curso, leva à extinção terminativa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Farei uma pergunta apenas para ficar tranquilo quanto ao raciocínio desenvolvido por Vossa Excelência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Pois bem. A coisa julgada é a repetição de uma ação já julgada. Então, no caso aqui, houve uma litispendência que – como Vossa Excelência tem toda razão – deveria ter sido extinta no nascedouro, porque estava repetindo uma ação que já estava sendo julgada, mas não tinha transitado em julgado. Advém o segundo processo e transita em julgado a sentença, então disse no recurso, essa segunda decisão que transitou em julgado é indiferente, a pena dela é indiferente, porque, na realidade, essa ação não poderia nem ter começado, só que a coisa julgada faz do quadrado redondo e purga o problema. Ela purga os defeitos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Esse vício é originário e contamina o que Vossa Excelência aponta como preclusão maior? Agora, de qualquer forma, penso que Vossa Excelência adotaria o mesmo raciocínio se, nessa segunda decisão, houvesse o paciente sido apenado em quantitativo superior ao da primeira. Vossa Excelência concluiria da mesma forma?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não. Por isso é que estou propondo a seguinte solução: primeiro, a segunda coisa julgada prevalece sobre a primeira, mas, como no âmbito penal há outros princípios que informam a tutela penal, nós poderíamos perfeitamente entender –como pensa Pontes de Miranda – que a sentença é uma norma jurídica também, só que concreta, e aplicar o regime penal a essa norma jurídica dizendo: a norma mais favorável retroage.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer dizer, o certo cede ao errado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas Pontes de Miranda dizia isso: *a coisa julgada faz do certo o errado.*

O sr. ministro Marco Aurélio: Do preto, branco; do quadrado, redondo. Isso aprendi na Nacional de Direito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas isso é o preço caro que pagamos para ter coisa julgada. Eu fui criado com isso na cabeça.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas, aqui, há duas coisas julgadas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, a rapidez no julgamento das ações repetitivas dita a prevalência desta ou daquela! O que é isso, ministro?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, ministro. Nós estamos diante de uma realidade. Nós não estamos fazendo doutrina sobre o que se pode fazer ou o que não se pode fazer. Nós estamos diante de uma realidade. Nós temos dois processos, com decisões transitadas em julgado, em relação ao mesmo fato e ao mesmo paciente: é saber qual das duas deve prevalecer, as duas transitadas em julgado.

Essa é a questão.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia ao relator para indeferir a ordem tal como formalizada pelo impetrante. Concedo-a de ofício, para assentar a insubsistência do segundo julgamento, ou seja, do julgamento da ação superveniente à primeira, considerada a mesma imputação.

É como voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: Aí é *reformatio in pejus*.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): *Reformatio in pejus*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não é reforma prejudicial porque o paciente, até aqui, está duplamente apenado. Afasto uma das condenações, ou seja, a segunda.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aliás o parecer do Ministério Público é no sentido, exatamente, do voto do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: O que confirma a minha origem!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não é com essa ideologia de afastar a dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): O que significa que não haveria o *reformatio in pejus*, pelo menos no...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O parecer do Ministério Público não é no sentido de afastar duas condenações.

O sr. ministro Dias Toffoli: O parecer do Ministério Público afasta a condenação da 6ª Vara, que é a menos grave.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Para poder fazer prevalecer a mais grave. É diferente.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não, ele afasta a da 6ª Vara, que é a menos grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, que é a menos grave.

O sr. ministro Marco Aurélio: Apenas não podemos partir para o par ou ímpar. Desde que não partamos para o par ou ímpar, a solução da maioria será a que se presumirá correta.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou pedir vista.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Até peço vênia pela eloquência, ministro Marco Aurélio, mas, aqui, é uma questão apaixonante.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência disse que o caso era interessante, e, realmente, é.

O sr. ministro Dias Toffoli: O caso é interessante, vamos refletir.

PEDIDO DE EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio: Peço, apenas, que Vossa Excelência – até para justificar o pedido de vista – consigne o ponto de vista no sentido de indeferir a ordem como realmente pleiteada e concedê-la de ofício, para fulminar o segundo decreto condenatório.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: O ministro Dias Toffoli traz, inclusive, outra situação: na primeira ação, a condenação, e, na segunda, a absolvição. Prevaleceria a absolvição?

O sr. ministro Dias Toffoli: A minha preocupação sempre é que, ao julgar casos concretos, sendo a Suprema Corte, nós sinalizamos para toda uma jurisprudência, para todo o sistema judicial. Então, daí a cautela, uma reflexão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Muito bem-vindo o pedido de vista de Vossa Excelência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Há uma coisa interessante, um raciocínio *a latere*, tanto o eminente relator quanto o Ministério Público estabelecem – o relator, em seu voto, e o Ministério Público, em seu parecer – que, realmente, há um *bis in idem*.

Eu tenho uma certa resistência a examinar fatos e provas em sede de *habeas corpus*, mas estou partindo do pressuposto de que realmente há essa duplicidade de condenações em torno do mesmo fato, *double Jeorpardy*, com dizem os americanos, os juristas anglo-saxões.

Agora, de qualquer maneira, a nossa experiência aqui tem demostrado que muitas vezes a alegação de um *bis in idem* na verdade não é realmente um *bis in idem*, porque os fatos são um pouco distintos dentro do processo.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece que aqui o relator foi taxativo ao afirmar, desde o início, que, rigorosamente, o mesmo fato, a mesma data, tudo igual. Ele foi processado duas vezes.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ambos foram bem taxativos, dizendo que os fatos...

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque ele não alegou litispendência. Ele apostou numa absolvição em alguma delas, "lotericamente", para, depois, vir pedir a prevalência da decisão que lhe seja mais favorável...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E uma coisa interessante, essa questão nunca foi discutida nas instâncias anteriores.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Exatamente. Eu digo aqui o seguinte: analisem o processo e vão verificar que é a mesma coisa. Quando, na coisa julgada, não há supressão de instância de nós conhecermos a uma dupla condenação pelo

mesmo fato, eu não entendi que isso seria uma obstáculo de nós analisarmos. Então, eu fui à tese mesmo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Aí é uma ilegalidade flagrante mesmo, não há dúvida nenhuma.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Neste caso há um constrangimento, a pessoa não pode estar condenada duas vezes, por dois processos, pelo mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei, presidente, mas não posso dizer: é um constrangimento; então, já que é um constrangimento, vou lhe condenar, vou lhe deixar a pior condenação a seu dispor. É isso que eu acho uma contradição.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não é a pior condenação, aqui. Sem adiantar a minha posição, que eu vou refletir, mas a perspectiva do ministro Marco Aurélio é a do processo legitimamente instaurado; o outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas que gerou a pior condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: O outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas eu não conheço *querelas nullitatis* insanável no processo penal. Eu acho que transitou em julgado a decisão.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele não alegou a litispendência, provavelmente apostando numa possibilidade de, numa delas, ser absolvido, ou, como ocorreu, de ter uma pena menor.

Enfim, vamos refletir, mas que, realmente, sai da rotina dos casos repetitivos que temos tido, sai.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem de *habeas corpus* para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório, e do voto do ministro Marco Aurélio, que denegava a ordem, mas a concedia, de ofício, pediu vista do processo o ministro Dias Toffoli. 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.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhora presidente, rememoro o caso:

> *Habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria, em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro Nilson Naves, do STJ, que proveu parcialmente o recurso especial interposto a favor do paciente.
>
> Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos, em duas ações penais distintas.

Houve a tramitação de um processo penal contra o réu, o paciente, aqui, no *habeas corpus*, e uma outra ação penal. Não se alegou na segunda ação penal a litispendência. Ao fim e ao cabo, no juízo prevento, no que primeiro atuou e oficiou, houve uma condenação um pouco maior do que na segunda ação.

O voto do eminente ministro Luiz Fux é no sentido de que a sentença se equipara a uma norma no caso concreto e Sua Excelência, então, votou no sentido de conceder a ordem para fazer valer a sentença do segundo processo, que ademais, em termos de tempo, era mais recente e menos grave do que a do primeiro quanto à pena fixada.

Eu ouso divergir de Sua Excelência para acompanhar o voto do eminente ministro Marco Aurélio. E trago aqui alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Denegando a ordem, portanto.

O sr. ministro Dias Toffoli: De qualquer sorte, eu denego a ordem, mas concedo de ofício, para fins de tirar a segunda condenação, para ele não ficar com duas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Com dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas, de qualquer maneira, fica diferente agora, porque eu dei a característica da sentença a uma ordem normativa e apliquei o princípio da *lex mitior*. Prevalece a segunda sentença cuja pena é menor. Ele foi condenado duas vezes, pelo mesmo fato. Então, na convivência dessas duas coisas julgadas, eu optei pela coisa julgada menos grave.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Rememoro o caso para uma perfeita compreensão da controvérsia.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro **Nilson Naves**, do Superior Tribunal de Justiça, que proveu parcialmente o REsp 1.027.847/DF interposto em favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos em duas ações penais distintas.

Afirma que essa circunstância afronta os princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada.

Entende, ainda, que deve prevalecer, no caso, a segunda sentença, que foi proferida pela 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0236280), por dois motivos: 1) por conter pena mais favorável ao paciente; e 2) por ter transitado para a acusação em 8-5-2007. Portanto, antes da primeira sentença, emanada da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0033154), transitada em 29-8-2008 para a acusação e com pena mais enérgica ao paciente (fl. 5 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja cassada a sentença decorrente da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, por suposta ofensa à coisa julgada.

A medida cautelar foi indeferida pelo então relator, o eminente ministro **Eros Grau** (fl. 48), e o Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi**, opinou pelo conhecimento da impetração de ofício e, nessa esteira, pela concessão parcial da ordem para anular o processo penal decorrente da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (fls. 60 a 64).

Em sessão desta Primeira Turma, o atual relator, o ilustre ministro **Luiz Fux**, votou pela concessão da ordem de ofício, para revogar a condenação proferida contra o paciente no processo penal oriundo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Naquela oportunidade, visando a uma maior reflexão acerca da matéria, pedi vista do autos.

É o breve relatório.

Inicialmente destaco, assim como salientou o eminente relator em seu voto, que, por se tratar de questão de ordem pública aferível de plano, é possível o seu conhecimento de ofício.

Portanto, passo à análise do conjunto fático.

Consta nos autos que, no dia 28-11-2004, nas proximidades de um "ferro velho" localizado entre a Divinéia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu para si, da vítima Maria Elenice Alves de Oliveira, uma bolsa preta contendo R$ 4,00 em espécie e diversos objetos pessoais de sua propriedade (fls. 8/9 e 37/38).

Em razão desses fatos, duas denúncias foram oferecidas pelo *Parquet* distrital contra o paciente, que originaram as AP 2005.01.1.0033154 e AP 2005.01.1.0236280, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF e na 6ª Vara Criminal da mesma

Circunscrição Judiciária. Em ambas, com diferença apenas no montante da pena, o paciente restou condenado pelos fatos narrados anteriormente.

Portanto, não há dúvidas acerca da existência da figura do *bis in idem* no caso concreto.

Pois bem, a primeira ação penal instaurada origina-se do Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia na data de 7-6-2005** (fl. 6). Nesse processo, o paciente restou condenado, em 6-10-2006 (fls. 12 a 18), à pena de cinco anos e oito meses de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de cinco anos e quatro meses de reclusão (fls. 24 a 26). A sentença **transitou em julgado em 29-8-2008** (fl. 27).

Já a segunda ação penal instaurada origina-se do Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia em 7-7-2006** (fl. 35). Nessa demanda, o paciente restou condenado, em 25-4-2007 (fls. 39 a 44), à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fls. 29 a 31). A sentença **transitou em julgado em 19-5-2009** (fl. 34).

Fixadas essas premissas, destaco que o que está em jogo é saber se o fenômeno processual da litispendência criada pela instauração da primeira ação penal no Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF obstaculizava o processamento da segunda ação penal no Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, como ressaltou o eminente ministro **Marco Aurélio** na assentada anterior, ou se, conforme sustentado pelo eminente relator, em brilhante voto que trouxe, prevaleceria a condenação decorrente dessa segunda ação penal, visto que, em razão da natureza normativa das decisões judiciais, se justificaria "a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior".

Conforme os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do Código de Processo Civil, a litispendência ocorre quando se repete uma ação que está em curso, exigindo-se para sua configuração a existência da tríplice identidade: a das partes, a do pedido e a da causa de pedir. A consequência desse fenômeno processual é a extinção do segundo processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil.

A eficácia dessa norma processual civil pode, perfeitamente, ser emprestada ao processo penal, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal:

> Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O magistério de **Marcelo Abelha Rodrigues** sobre o conceito legal de litispendência nos diz, *in verbis*, que:

> A litispendência é a identidade de ações. Há litispendência, consoante Teresa Alvim Wambier, quando existe uma outra "ação idêntica, pendendo perante outro, ou o mesmo juízo, contemporaneamente", desde que presentes, portanto, os três elementos identificadores das ações – partes, causa de pedir e pedido.
>
> Veja que o pedido, tanto o mediato quanto o imediato, e a causa de pedir próxima e remota devem ser as mesmas. Não basta apenas umas das causas de pedir ou uma do tipo de pedido. O pedido imediato é a tutela processual e o pedido mediato é a tutela material. A causa de pedir próxima é o fato e a causa de pedir remota é o fundamento de direito sobre o qual subsume o fato [*Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. v. 1, p. 356 a 357.]

Na esteira desse raciocínio, como lembrado pelo ministro **Luiz Fux** em seu voto, **José Frederico Marques** preleciona que:

> Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis*.
>
> Segundo disse *Chiovenda*, assim "como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide pende já perante o mesmo juiz ou perante juiz diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz invocado antes". [*Elementos de direito processual penal*. Atual. Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas/SP: Millennium, 2009. v. 2.]

Aliás, esse entendimento doutrinário está presente na jurisprudência da Corte, que, de longa data, assim já se posicionou:

> Dupla condenação pelo mesmo crime. Impossibilidade. Se resulta dos autos que o paciente foi processado em juízos diferentes, mas pelo mesmo crime – pois embora diferenças minimas não chegam a perturbar a certeza de que assim ocorreu – e veio ele a ser condenado nas duas ações penais, é de deferir-se o *habeas corpus* para prevalecer apenas aquela sentença proferida pelo juiz prevento [HC 68.386/DF, Segunda Turma, rel. min. **Aldir Passarinho**, *DJ* de 1º-3-1991.]

No mesmo sentido, de relatoria do eminente ministro **Djaci Falcão**, destaco o HC 64.215/SP, Segunda Turma, *DJ* de 21-11-1986; e HC 62.480/SP, Segunda Turma, *DJ* de 31-5-1985.

Em julgado desta Primeira Turma, restou preconizado o entendimento de que "não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra" (HC 72.364/SP, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJE* de 23-2-1996). Ainda dessa decisão extrai-se que "a litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação".

Mutatis mutandis, ao julgar a Ext 951/Itália, destacou o relator, ministro **Marco Aurélio**, que "havendo o processo de extradição anterior desaguado na extinção sem pronunciamento quanto ao mérito, possível é a renovação, sem que se possa cogitar de pressuposto negativo de desenvolvimento válido – a litispendência ou a coisa julgada" (Tribunal Pleno, *DJ* de 9-9-2005).

Verifica-se, portanto, que esse entendimento faz parte da histórica jurisprudência da Corte e permanece inalterado até os dias atuais.

No caso, restou demonstrado que os fatos que resultaram na dupla condenação são exatamente os mesmos, veja-se que o pedido de sanção a ser aplicada, as partes em litígio e o fato pelo qual o autor postula a condenação são os mesmos. Presente, portanto, a tríplice identidade configuradora da litispendência.

Daí por que entendo que a preclusão maior ocorrida no segundo processo, que, nas palavras do ministro **Marco Aurélio**, "faz do quadrado redondo e do redondo quadrado", é insubsistente e não pode, *data venia*, produzir efeitos no mundo jurídico, pois decorre de processo nulo por excelência.

A potencializar esse raciocínio, conforme bem lembrado pelo Ministério Público Federal "*a segunda condenação tornou-se irrecorrível após o trânsito em julgado da primeira condenação, razão pela qual também resta evidenciada a violação à coisa julgada*".

Com a *venia* do eminente relator, entendo que levar a efeito o ponto de vista externado por sua excelência, a meu ver, seria, na eventualidade de se repetir uma ação penal já em curso – não tendo o juízo, *ex officio*, fulminado, de plano, a ação repetida –, facultar à defesa não arguir a litispendência e apostar em uma absolvição ou em uma condenação mais branda por um dos juízos, vindo a postular, posteriormente, pela via do *habeas corpus*, em vista do constrangimento ilegal decorrente da violação do princípio do *ne bis in idem*, a validade da sentença que o tenha absolvido ou o tenha condenado a uma pena menor, pouco importando se a decisão mais favorável decorra da primeira ação ou daquela que se repete, como eu havia alertado anteriormente na sessão inaugural.

Por isso, eu aplico à espécie os consectários legais que decorrem do fenômeno processual da litispendência. Essa, a meu ver, parece ser a ordem natural a ser observada antes de alcançarmos a discussão sobre a prevalência de uma coisa julgada sobre a outra.

Por tudo quanto exposto, pedindo *venia* mais uma vez ao eminente relator, que expôs brilhantemente a sua tese em substancioso voto, acompanho a divergência inaugurada pelo ministro **Marco Aurélio** e denego a ordem, concedendo-a, no entanto, de ofício, para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280, oriunda da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, ainda é diferente até do voto do ministro Marco Aurélio, porque ele denega e Vossa Excelência não conhece.

O sr. ministro Dias Toffoli: O ministro Marco Aurélio sempre conhece.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ele denega e concede de ofício.

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque o pedido feito pela Defensoria é exclusivamente para se declarar nula a sentença da 7ª Vara, que é a preventa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É a primeira.

O sr. ministro Dias Toffoli: É a primeira.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, deixa eu só fazer a seguinte ponderação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu não conheço. Na verdade, eu vou reajustar, eu denego. Como houve o pedido, eu denego e concedo de ofício, para estabelecer a nulidade da sentença da 6ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a menos grave, prevalece a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, eu sei.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Agora, o raciocínio seria o seguinte, quer dizer, a premissa em que está se baseando é a seguinte: como o segundo processo repetiu uma ação que era litispendente, esse segundo processo é nulo. Muito bem, essa é a premissa. Agora, no meu modo de ver, por que essa é uma premissa que não está de acordo com o sistema atual? O que diz a lei? Há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada, que é muito pior; há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada. E o que diz a lei? Cabe ação rescisória por violação da coisa julgada. Ou seja, essa segunda ação julgada, repetindo a ação que já foi definitivamente julgada, é rescindível por violação da primeira coisa julgada. Isso significa dizer que, enquanto ela não for rescindível, ela está de pé. É o problema da existência de duas coisas julgadas: qual delas deve valer?

Além desse raciocínio técnico, porque está na lei que ela é rescindível pela coisa julgada, nós estamos no campo penal. E a pena dessa segunda ação que transitou em julgado ainda é menor. Então, como é que nós vamos desconhecer um processo que transitou em julgado com uma pena menor? Dizer que estamos anulando a título de quê? *Querela nullitatis insanabilis*? Sem ação rescisória? Sem revisão criminal? Estamos desconsiderando a existência dele?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o ministro Dias Toffoli põe, a meu ver muito bem, que a litispendência não foi alegada.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Isso é indiferente, porque a coisa julgada e a litispendência...

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não, porque aí a defesa deixou o processo correr.

O sr. ministro Dias Toffoli: A defesa deixou o processo correr.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Houve um segundo processo, nesse processo se optou.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A pena é menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas é o jurisdicionado que escolhe a pena? Como indaga o ministro.

O sr. ministro Dias Toffoli: O que eu entendo? (Na linha do que manifestou o ministro Marco Aurélio, no seu primeiro voto divergente neste processo) O segundo processo não teve validade, ele é nulo por conta da litispendência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas ele existiu no mundo jurídico, tem que ser tirado do mundo jurídico de alguma maneira, não pode ser por ficção.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, estou tirando com esse voto. Por isso que eu concedo de ofício, porque não foi pedida a retirada deste, foi pedida a retirada do outro. Mas, de qualquer sorte, não pode o paciente ficar com duas condenações sobre o mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas aí Vossa Excelência, *data venia*, está dizendo: o paciente não pode ficar com duas condenações, um pobre coitado, então toma a condenação mais grave. É isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim, mas acontece que ele também não pode escolher qual é a decisão que ele quer.

O sr. ministro Dias Toffoli: Escolher lotericamente o sabor. E o mais grave aqui é que a Defensoria Pública do Distrito Federal atuou nas duas causas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É o mesmo órgão de defesa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas como que ele escolheu? Pois a ação penal é do Ministério Público, foi o Ministério Público que o acionou duas vezes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E ele foi defendido pelo mesmo órgão, a Defensoria.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim, mas ele foi acionado em dois lugares diferentes pelo mesmo fato.

O sr. ministro Dias Toffoli: As divergências estão bastante claras. O eminente ministro Luiz Fux, relator, com um brilhante voto, fundamentado, com o raciocínio brilhante de sempre, tem a posição de que deve prevalecer a decisão mais favorável, que teria revogado a primeira, como norma ao caso concreto, por analogia ao que se faz com a norma penal, devendo prevalecer a mais recente e mais benéfica.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): De toda sorte, ainda que venha prevalecer o voto de Vossa Excelência, é certo que nós, neste *habeas corpus*, estamos tirando uma das condenações do mundo jurídico.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, porque eu entendo que, se o segundo foi nulo, há de prevalecer o primeiro. Neste caso, qualquer que fosse a linha adotada, um deles não prevaleceria.

Peço vênia ao ministro relator, mas acompanho a divergência também no sentido de denegar a ordem, mas conceder de ofício para fazer prevalecer apenas a decisão proferida.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, aqui também tem um detalhe que já não é mais a minha tese. Quer dizer, nós vamos, num *habeas corpus* do paciente, dar a ele uma solução pior do que a que ele teria se não tivesse interposto o *habeas corpus.*

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não. Pior seria ter as duas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Ele está pedindo que prevaleça a segunda, que é menos grave. São aqueles casos com duas sentenças transitadas em julgado em relação ao mesmo fato.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência divergiu, iniciou uma divergência, que está prevalecendo, no HC 101.131, que foi relatado pelo ministro Luiz Fux. Houve dois processos. No primeiro julgamento, ele foi condenado; no segundo, idem. Porém, no segundo julgamento, ele obteve uma pena menor que no primeiro. E ele impetra o *habeas corpus,* e o ministro relator votou no sentido de conceder a ordem para fazer prevalecer a segunda decisão que era menos gravosa. Vossa Excelência divergiu e denegou a ordem, mas concedeu de ofício para declarar nulo o segundo processo, porque era litispendente, e fazer prevalecer o processo – digamos – válido.

O ministro Dias Toffoli traz voto-vista acompanhando Vossa Excelência, dizendo exatamente que o primeiro processo acabou e deu aquela decisão. O segundo processo já não valia, logo ele não pode escolher o jurisdicionado. Eu estou acompanhando a divergência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer pela litispendência, quer pela coisa julgada. Seria pressuposto negativo de desenvolvimento válido do segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Como as duas transitaram... Elas vivem no mundo, nós precisamos tirar uma delas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, mas a que transitou em julgado, em primeiro lugar, foi a do processo inicial?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Da 7ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Aí, eu digo o seguinte: Como é que nós vamos conciliar isso com um caso de cabimento de revisão por violação da coisa

julgada? Foi o que houve, foi uma violação da coisa julgada. Não teríamos como encaixar essa questão.

Eu já estou vencido nesta parte, não tem problema. Mas não estou conseguindo entender o seguinte: há duas sentenças no mundo jurídico, como é que vou afastar essa segunda sentença?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o voto de Vossa Excelência também afastava, mas só que afastava a primeira.

O sr. ministro Marco Aurélio: É a consequência. Vamos admitir que, já havendo coisa julgada, surgisse essa segunda ação. Evidentemente, teríamos o concurso do pressuposto negativo de validade desse segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Só que ela já foi embora. Sem pressuposto, ela foi embora.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não importa, o defeito é originário.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei. Mas, aqui, está se dizendo o seguinte: No *habeas corpus* do paciente, está-se declarando nula a sentença que é mais favorável ao paciente. Então, ele teria uma situação melhor se não tivesse impetrado nada.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ele, hoje, tem dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Teria duas sentenças. Tem dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele fez o pedido de anular a primeira condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não piorou a situação dele não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então, o resultado correto é denegar a ordem. Denega a ordem de não favorecer...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos inverter a situação concreta.

Vossa Excelência ficou muito impressionado com a apenação. A apenação, no segundo processo, foi menos gravosa. E se fosse o inverso? Vossa Excelência homenagearia a segunda prestação jurisdicional?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Por quê? Porque o meu voto diz que a sentença é equiparável à ordem normativa. Então aplica-se sempre a *lex mitior*. O meu fundamento é nesse sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há uma construção interessante.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu trouxe em meu voto, ministro Marco Aurélio, jurisprudência da Corte que corrobora o entendimento da divergência inicial lançada por Vossa Excelência, dizendo que a listispendência faz nulo o segundo processo, devendo prevalecer, portanto, a decisão tomada pelo juízo prevento.

O sr. ministro Marco Aurélio: Poderia ter nascido, surgido?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ademais, também trouxe como fundamento que isso seria deixar, ao sabor lotérico da defesa, correr o processo, para, depois, ter mais de uma chance de absolvição. E é dever da parte alegar a litispendência.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, conforme a solução, ele entrava. Então, é o jurisdicionado que escolhe?

O sr. ministro Dias Toffoli: É dever. As normas processuais impõem como dever.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas esse argumento não dá. O Ministério Público propôs duas ações em lugares diferentes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E a Defensoria Pública atuou como defesa nos dois e não alegou.

O sr. ministro Dias Toffoli: A mesma instituição, a mesma defensoria, atuou nos dois processos. Ficou ao sabor lotérico.

O sr. ministro Marco Aurélio: Um dos dois era eletrônico? Teremos consequências seriíssimas com o processo eletrônico, mais, ainda, com o julgamento de colegiado virtual. Vamos aguardar.

O sr. ministro Dias Toffoli: São adaptações às novas tecnologias.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vamos ter que nos reinventar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não sou troglodita em relação à modernidade, mas é difícil conceber julgamento virtual em Colegiado.

Digo sempre: um suspiro no Supremo – e introduzirmos essa prática na repercussão geral, com o Plenário virtual – é observado, no que convém, pelos demais órgãos do Judiciário. Dois tribunais – o do Rio de Janeiro e o de São Paulo – já editaram resolução para ter-se, até mesmo no tocante ao recurso por excelência, que é a apelação, o julgamento virtual.

Creio que algum dia, talvez, segundo as palavras do ministro Joaquim Barbosa – ele disse isso no Plenário –, chegará a época em que não precisaremos mais vir ao Supremo. De qualquer parte do mundo, votaremos nos processos. Será o fim do Colegiado propriamente dito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, como o ministro Marco Aurélio entendeu interessante a tese suscitada, em homenagem a Sua Excelência, farei a juntada de meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, mas a concedeu, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, vencido o ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

HABEAS CORPUS 103.506 — MG

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Waschington Luiz da Conceição Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Direito penal. Furto. Princípio da insignificância. Registros criminais pretéritos.**

A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada.

A existência de registros criminais pretéritos contra o paciente obsta o reconhecimento do princípio da insignificância, consoante jurisprudência consolidada da Primeira Turma desta Suprema Corte (*v.g.*: HC 109.739/SP, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 14-2-2012; HC 110.951, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 27-2-2012; HC 108.696, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 20-10-2011; e HC 107.674, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 14-9-2011). Ressalva de entendimento pessoal da ministra relatora.

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* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Waschington Luiz da Conceição Santos contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC 124.904/MG.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o paciente pela prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter, em maio de 2006, subtraído o telefone celular da vítima Alexandre Vinícius Ferreira Batista em uma avenida do centro de Belo Horizonte. Ao perceber a aproximação da Polícia Militar, o paciente lançou a *res furtiva* em um rio, tendo sido recuperada danificada.

Segundo narra a denúncia, "no dia e momento dos fatos, a vítima estava trafegando em seu veículo, quando dela se aproximou o acusado e aponderou-se, mediante arrebatamento de inopino, do telefone celular que trazia consigo, no colo, pondo-se em fuga".

O juiz de direito da 1ª Vara Criminal de Belo Horizonte condenou o paciente à pena de um ano e seis meses de reclusão, no regime semiaberto.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento à apelação do paciente, apenas para conceder a isenção de custas processuais.

Irresignado, o paciente impetrou o HC 124.904/MG perante o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Daí a presente impetração.

Neste *habeas corpus*, a Defensoria Pública da União alega que o fato imputado ao paciente não possui ofensividade capaz de lesar bem jurídico tutelado pelo direito penal, o que impõe a aplicação do princípio da insignificância.

Assim, requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

Não foi concedida a liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Wagner Gonçalves.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): O presente *habeas corpus* diz com a aplicação – ou não – do princípio da insignificância ao caso concreto.

Conforme relatado, o paciente foi denunciado e condenado pela prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter, em maio de 2006, subtraído o telefone celular da vítima Alexandre Vinícius Ferreira Batista em uma avenida do centro de Belo Horizonte.

O bem furtado, danificado em razão do furto, foi avaliado somente em R$ 35,00, ou seja, valor inferior ao do salário mínimo vigente à época dos fatos, de R$ 350,00.

Esta Suprema Corte, em princípio, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância em casos envolvendo crimes de pequena dimensão.

A conduta delitiva seria tão diminuta que não afetaria materialmente o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo atípica da perspectiva material.

Tal entendimento encontra-se consubstanciado em diversos acórdãos desta Suprema Corte:

> A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária análise materialmente valorativa das

> circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. [HC 109.739/SP, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma – un. – julgamento em 13-12-2011, *DJE* 32 de 13-2-2012.]

> 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. [RHC 107.264/DF, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma – un. – julgamento em 19-4-2011, *DJE* 232 de 6-12-2011.]

A doutrina majoritária também tem se posicionado no sentido de que o princípio da insignificância afeta a tipicidade material. Por todos, considerando a torrencial doutrina existente sobre o tema, cito o eminente e saudoso ministro Francisco de Assis Toledo:

> Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto referida inicialmente (*supra*, n. 123), permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. [TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 134.]

O princípio da insignificância também pode ser invocado como decorrência dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. Impor prisão ou condenação criminal por crimes de diminuta dimensão não se justificaria por sua desproporcionalidade.

Invocando a insignificância como consequência do princípio da proporcionalidade, encontram-se alguns julgados desta Corte, entre eles o seguinte da lavra do eminente ministro Ayres Britto:

> Reiteradas vezes este Supremo Tribunal Federal debateu o tema da insignificância penal. Oportunidades em que me posicionei pelo reconhecimento da insignificância penal como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe. [HC 109.277/SE, rel. min. Ayres Britto, Segunda Turma – un. – julgamento em 13-12-2011, *DJE* 36 de 17-2-2012.]

De todo modo, qualquer que seja a base jurídica para a aplicação do princípio da insignificância, a pontual atenuação do rigor da lei em crimes de diminuta expressão é medida necessária sob pena da criação de situações de acentuada injustiça e

da incômoda sensação de identificação da Justiça e do acusado com os personagens literários Inspetor Javert e Jean Valjean, da obra imortal de Victor Hugo.

Na hipótese dos autos, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem à compreensão de que a defesa deixou de comprovar o valor integral da *res furtiva*, porquanto a avaliação considerou o valor do bem com as danificações sofridas em virtude do furto.

A fim de suprir a apontada omissão, a defesa realizou consulta informal na loja especializada em venda de celular pela internet, na qual o modelo novo custava R$ 89,99, conforme cópia colacionada à fl. 4.

Considerando tal valor, o objeto furtado em questão tinha valor correspondente a 25% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mesmo tratando-se de prova unilateral, há poucas dúvidas sobre a pequena dimensão da conduta delitiva. Houve um furto simples de um celular. Celulares, salvo modelos especiais, o que não é o caso, não têm valor de mercado muito expressivo. Não houve, outrossim, violência, nem qualquer circunstância que qualificasse a conduta.

Seria possível reconhecer no presente caso, portanto, o princípio da insignificância.

Todavia, alertou o Ministério Público Federal, em sua manifestação, sobre a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância porque o paciente ostenta condenação transitada em julgado.

O paciente é, de fato, reincidente, tendo sido condenado, em outra oportunidade, por crime de furto, em decisão transitada em julgado em 16-8-2004 (fl. 53).

A jurisprudência consolidada desta Primeira Turma, segundo a qual "apesar de tratar-se de critério subjetivo, a reincidência deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, pois não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente, como é o caso do ora paciente, apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica" (HC 109.739/SP, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 14-2-2012).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Primeira Turma: HC 110.951, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 27-2-2012; HC 108.696, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 20-10-2011; e HC 107.674, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 14-9-2011.

Entende-se que reconhecer a insignificância para agente com registros criminais pretéritos representaria estímulo para a prática reiterada de pequenos crimes sem punição.

Entretanto, se a insignificância afeta a tipicidade material, registros criminais pretéritos não se mostram aptos a inibir a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, uma vez pertinentes a categoria dogmática estranha à tipicidade. Com efeito, entendo que antecedentes criminais, por maior gravidade que ostentem, não ensejam a tipificação criminal de conduta que, pela

insignificância da ofensa perpetrada ao bem jurídico protegido, não lhe tenha causado lesão de relevo. Com efeito, a vida pregressa do indivíduo não se mostra hábil a transformar em crime fato que, pelo dano insignificante causado ao bem jurídico objeto da tutela penal, materialmente não se subsume no tipo previsto em lei.

Assim, ainda que respeitando a orientação desta Turma, no sentido de que a desconsideração de registros criminais pretéritos representa estímulo à prática reiterada de crimes de pequena monta sem punição, manifesto, com todo o respeito, entendimento divergente e vislumbro a possibilidade de concessão da ordem, reputando insignificante o furto de um celular avaliado em 25% do salário mínimo da época dos fatos.

De todo modo, a racionalidade do sistema implica a observância, salvo chance futura de alteração, do douto entendimento do órgão colegiado.

Assim, embora, segundo meu entendimento pessoal, seja o caso de reconhecer a pertinência do princípio da insignificância, cumpre seguir a orientação da Turma que não o admite quando o paciente possui registros criminais pretéritos.

Voto, portanto, pela denegação do *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 103.506/MG — Relatora: Ministra Rosa Weber. Paciente: Waschington Luiz da Conceição Santos. 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. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, o ministro Marco Aurélio e 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. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 12 de junho de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, secretária da Primeira Turma.

HABEAS CORPUS 104.998 — SP

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Paciente: Ivanildo Canuto Soares — Impetrantes: Marcelo Martins Ferreira e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Extinção da punibilidade amparada em certidão de óbito falsa. Decisão que reconhece a nulidade absoluta do decreto e determina o prosseguimento da ação penal. Inocorrência de revisão *pro societate* e de ofensa à coisa julgada. Pronúncia. Alegada inexistência de provas ou indícios suficientes de autoria em relação a corréu. Inviabilidade de reexame de fatos e provas na via estreita do *writ* constitucional. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.**

1. A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito.

2. Não é o *habeas corpus* meio idôneo para o reexame aprofundado dos fatos e da prova, necessário, no caso, para a verificação da existência ou não de provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente por crimes de homicídios que lhe são imputados na denúncia.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2010 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Marcelo Martins Ferreira e Rodrigo Barone em favor de Ivanildo Canuto Soares, buscando a nulidade da decisão que cancelou a sentença que declarou extinta a punibilidade do ora paciente pelo crime de homicídio que lhe é imputado, bem como objetivando a declaração de impronúncia do paciente.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, na parte conhecida, denegou a ordem no HC 143.474/SP impetrado àquela Corte, relator o ministro **Celso Limongi**.

Os impetrantes sustentam, em síntese, que "no caso dos autos verifica-se que o digno Juízo singular declarou expressamente a extinção da pena dado a notícia do falecimento que havia à época sido provada (*sic*) mediante colação de documento público, portanto, resultado impossível a maneira jurídica adorada para 'cancelar' tal decisão. Não constitui demasia destacar que o art. 5º, inciso XXXVI da CF dá segurança jurídica às decisões com trânsito em julgado, posto que se não fosse assim a desordem social imperaria. Por causa disso, à luz do mandamento constitucional acima destacado e mediante a ausência de interposição de recurso em tempo hábil pela digna acusação, que se registra, chegou sem maiores rigores a pedir a extinção da punibilidade frente a notícia trazida aos autos, confia a defesa seja mantida a decisão que declarou extinta a punibilidade do paciente, como medida de Justiça" (fls. 6/7).

Assevera, ainda, que "não constitui demasia apontar que somente admitir-se-á pronúncia quando pairar no caso concreto as situações elencadas no art. 413 do Código de Processo Penal, quais sejam: "(...) se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação", e que "no caso vertente, observar-se-á que o paciente não compactou na operação engendrada pelos supostos assassinos e tampouco auxiliou, prestou ajuda ou mesmo instigou algum deles para cometer barbárie noticiada na denúncia".

Ao final, requer seja concedida a ordem guerreada (fl. 24).

Não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade coatora (fl. 156).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 158/161).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Conforme relatado, volta-se esta impetração contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 143.474/SP impetrado àquela Corte.

Eis a ementa daquele julgado:

> *Habeas corpus. Homicídio qualificado. Nulidades. Falta de apresentação de alegações finais, antes da decisão de pronúncia. Matéria não analisada pela corte de origem. Decisão que torna sem efeito sentença que reconhecera extinta a punibilidade do agente, com base em atestado de óbito falso. Falta de indícios suficientes de autoria. Coação ilegal não caracterizada. Impetração conhecida em parte. Ordem denegada.*
>
> 1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo Tribunal de origem, não compete a esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) A falta de alegações finais, nos processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade. No caso em exame, o defensor constituído fora devidamente intimado para manifestação, deixando, no entanto, de fazê-lo.

3) É entendimento jurisprudencial que a decisão que declara extinta a punibilidade da espécie, fundada em atestado de óbito falso, não faz coisa julgada material.

4) A alegação de inocência e falta de indícios suficientes para a decisão de pronúncia não podem ser analisadas nos estreitos limites do *habeas corpus*.

5) Impetração conhecida em parte. Ordem denegada. [Fl. 146.]

Sustentam os impetrantes, em síntese, que declarada extinta a punibilidade do agente por decisão transitada em julgado, "se de fato o documento foi provado posteriormente ser não verdadeiro, as consequências naturais penais e administrativas foram tomadas e não há como presumir ter o paciente corresponsabilidade pelo incidente, vez que à época estava evadido e sem representação profissional para tanto", de modo que é "de ser mantida a declaração da extinção da pena (*sic*), como medida de Justiça" (fl. 7).

No mais, insistem na ilegalidade da pronúncia do paciente, aventando que "as circunstâncias declinadas na sentença são insuficientes para pronunciar o corréu *Ivanildo*, ora paciente, pois (...) se de fato o passado com drogas existiu esse apontamento não pode implicar em presunção de culpa objetiva para atribuir o duplo-homicídio em discussão de conduta, repita-se, foi praticada de forma instantânea" (fl. 19).

A primeira questão posta em discussão neste *habeas corpus*, a saber, a aventada ilegalidade da decisão que revogou o despacho que declarara extinta a punibilidade do ora paciente fundada em declaração de óbito que, posteriormente, se verificou ideologicamente falsa não comporta acolhida.

Como assinala a teoria da existência jurídica do jurista alemão **Karl Salomon Zachariae von Ligenthal**, cuja doutrina foi defendida entre nós por **Pontes de Miranda** e **Marcos Bernardes de Mello**, entre outros, aquilo que não existe no mundo dos fatos, não pode existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. O mundo jurídico tem que estar dentro do mundo dos fatos. Ele não cabe fora do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido, mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica.

Assim, conforme **Lourival Vilanova** (*Causalidade e relação no direito.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 90), "a norma jurídica, ao atuar sobre os fatos que compõem o mundo, atribui-lhes consequências específicas, denominadas efeitos jurídicos, em relação aos homens pela causalidade normativa".

Nesse passo, evidencia-se a precisão da lição de **Pontes de Miranda**, (*Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 1999, tomo I, p. 52), no sentido de que: "[q]uando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por

isso mesmo, só se vê o fato como *novum* no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito".

O ato, para ser jurídico, necessita produzir efeitos. Esses efeitos, porém, não significam simples alteração da realidade fática. Eles vão além, modificando a realidade fática e a realidade jurídica. Para alterar a primeira, basta a mera vontade humana. Mas, para alterar a ordem jurídica, faz-se necessário que o ordenamento admita o fato, valore-o, confira a ele efeitos, repute-o, em suma, eficaz.

A ordem jurídica, portanto, é o elemento que confere dinamicidade ao fato que ocorre no mundo. É ela que diz o que é o fato jurídico e o ato jurídico. É ela, igualmente, que confere eficácia à vontade do homem, que a reconhece capaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

Os efeitos jurídicos ligam-se aos fatos como uma consequência deles, por determinação do ordenamento jurídico.

É a ordem jurídica que diz quais os efeitos a serem conferidos aos fatos. E, neste sentido, pode-se falar de eficácia dos fatos. Em outras palavras, constata-se, na realidade fática, que, se um certo e determinado fato ocorrido no mundo real é capaz de produzir dados efeitos que interessam à esfera jurídica, tal fato é dotado de eficácia.

A incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Só após o surgimento do fato jurídico, em decorrência da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais espécies de efeitos jurídicos.

No caso em análise, embora declarada a extinção da punibilidade do agente, dita decisão encontra-se irremediavelmente comprometida no plano de sua existência, porquanto ao sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático (morte) é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Nessa plano, não se cogita da invalidade ou eficácia do ato jurídico, importando, tão somente, a realidade da existência. Tudo fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta no suporte fático de elemento nuclear, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver o próprio fato jurídico, de modo a não se reconhecer qualquer validade à decisão que declarou extinta a punibilidade do agente por fato inexistente.

Ademais, de longa data a doutrina (**Magalhães Noronha, Eduardo Espínola Filho, Hélio Tornaghi**) já assentou que a decisão que julga extinta a punibilidade não é sentença no seu sentido próprio, mas, na verdade, um despacho interlocutório misto, que decide incidentes da causa sem examinar o seu mérito.

Por essa mesma razão, essas decisões, embora tenham efeito preclusivo para as partes, se decorrido *in albis* o prazo para recurso, não fazem coisa

julgada no seu sentido estrito, e, ocorrendo nulidade absoluta, como no caso em tela, pode o juiz decretá-la de ofício.

Como já aventou o eminente ministro **Rafael Mayer** (HC 60.095/RJ, Primeira Turma, *DJ* de 17-12-1982), "o formalismo à *outrance* é que tem induzido algumas vezes a apreenderem, na espécie, o fenômeno da coisa julgada, o que, todavia, soa incongruente diante da natureza do fato e singularidade das circunstâncias. Com efeito, a extinção da punibilidade pela morte do agente se dá independente de qualquer conteúdo decisório, pela simples imposição do real *mors omnia solvit*. E se já uma decisão que é simplesmente declarativa ela não subsiste se o seu pressuposto inexiste. E não é só, o que a decisão tem como ocorrente é o desfazimento da relação processual, pela própria extinção do sujeito passivo, da parte. Se a sentença faz coisa julgada somente entre as partes às quais é dada, como admitir-se que ela se forme em benefício de quem aparentemente é a não parte, se por isso é que se dissolveu a relação processual".

Nesse mesmo sentido:

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Extinção da punibilidade amparada em certidão de óbito falsa. Decreto que determina o desarquivamento da ação penal. Inocorrência de revisão pro societate e de ofensa à coisa julgada. Fundamentação. Art. 93, IX, da CF.* I – A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II – Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III – Acórdão devidamente fundamentado. IV – *Habeas corpus* indeferido. [HC 84.525/MG, Segunda Turma, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 3-12-2004.]

No que toca ao exame da alegação de que inexistiria, na espécie, provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente, como se vê, não prescinde do exame aprofundado da prova, o que é inviável na sede estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido, são diversos os precedentes deste Supremo Tribunal:

> *Habeas corpus. Processual penal. Sentença de pronúncia. Nulidade. Qualificadoras. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ordem denegada. Jurisprudência do STF.* I – As qualificadoras do crime de homicídio só podem ser afastadas pela sentença de pronúncia quando totalmente divorciadas do conjunto fático-probatório dos autos, sob pena de usurpar-se a competência do juiz natural, qual seja, o Tribunal do Júri. Precedentes. II – A análise das alegações apresentadas pelos impetrantes implicaria no reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de *habeas corpus.* III – Ordem denegada. [HC 97.230/RN, Primeira Turma, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 18-12-2009.]

> *Habeas corpus. Processual penal. Matérias não submetidas às instâncias inferiores. Salvo no tocante à prova pericial. Supressão de instância. Impossibilidade. Reexame de provas. Inviabilidade. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa parte, denegada.* I – As questões discutidas na impetração não foram

submetidas ao Superior Tribunal de Justiça e, por tal razão, não devem ser conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância, salvo no tocante às provas periciais, que atestaram a prática do crime de estupro. II – A decisão do STJ, todavia, da qual se conhece, não se mostra ilegal, nem abusiva ou teratológica. III – A via estreita do *habeas corpus*, como é cediço, não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova. IV – *Habeas corpus* parcialmente conhecido, denegada a ordem na parte conhecida. [HC 100.642/MA, Primeira Turma, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 19-2-2010.]

No mesmo sentido: HC 84.097/RS, Segunda Turma, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJE* de 19-2-2010; HC 92.776/SC, Primeira Turma, rel. min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 4-4-2008; HC 92.839/SP, Primeira Turma, rel. min. **Menezes Direito**, *DJ* de 18-4-2008; HC 92.870/RJ, Segunda Turma, rel. min. **Eros Grau**, *DJ* de 22-2-2008; e HC 82.625/GO, Segunda Turma, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 16-5-2003, entre outros.

Segundo o art. 411 do CPP, "o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".

A jurisprudência tem-se orientado no sentido de que, prevalecendo nessa fase o princípio do *in dubio pro societate*, o réu somente deixará de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri se inexistente o crime ou se não houver indícios de sua participação no fato.

No caso em análise, tanto o magistrado de primeiro grau como a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sustentam a existência de indícios bastantes a justificar o julgamento do ora paciente pelo juízo natural do Tribunal do Júri.

Contrariar essa afirmação, *permissa maxima venia*, implica em evidente necessidade de análise esmiuçada da prova coligida, não sendo o *habeas corpus* sede adequada para essa finalidade.

Cumpre, apenas a título ilustrativo, destacar que o ora paciente foi apontado na denúncia como um dos autores do duplo homicídio perpetrado contra policial civil e seu acompanhante, por haverem detido um dos integrantes da quadrilha liderada pelo réu, que ali comandava o tráfico ilícito de entorpecentes.

Ressalte-se que o crime foi cometido em uma favela, onde o temor reverencial em apontarem as testemunhas e moradores os autores de crimes perpetrados pelo bando no seio daquela comunidade é uma realidade. Nesse sentido, destaca-se o depoimento da delegada de Polícia Rosemary Sinibladi de Carvalho, que textualmente afirmou: "Eu tenho o nome de cinco pessoas que são o réu Ivanildo, Antonio, vulgo 'Tacha', Lindoalberto, Márcio, vulgo 'Duda Maluco' e o menor Oseas. Segundo consta, Ivanildo era o chefe do tráfico de drogas" (fl. 741 da ação penal) e "que o réu Antonio, ora presente, de vulgo 'Tacha', foi indicado como sendo um dos homicidas; O irmão do réu, de nome Ivanildo, também foi indicado como sendo um dos coautores do duplo homicídio. (...) Os populares

apontavam os réus como sendo os homicidas, mas por medo se negavam a depor; Consta que o réu Ivanildo chegou a apresentar uma certidão de óbito falsa (...) Afirma que foi primeiramente na prisão do réu Lindoalberto, no Denarc, que ele confessou e delatou os demais no crime (...) Depois que qualificados os homicidas, foram mandadas as fotografias e as equipes de investigação foram a campo, junto aos populares, tendo estes confirmado a participação dos réus; Porém os populares, por temerem represálias, se negaram a depor, dizendo que se fossem instados a testemunhar, iriam negar" (fls. 1231/1232 dos autos da ação penal).

O adolescente Oseas, ademais, embora tenha negado em juízo as incriminações que fizera na fase inquisitorial, revelou o seguinte: "dos réus presentes a esta audiência, só conheço o sentado no meio, cujo nome ou apelido não sei, pessoa eu eu (*sic*) conhecia só de vista (O MM. Juiz fez constar que se trata do réu Ivanildo a pessoa apontada pelo depoente)" (fl. 374 da ação penal).

Cumpre ainda realçar que o paciente, ao ser interrogado, negou singelamente sua participação, quer no homicídio, quer na prática do tráfico na favela onde se deram os fatos, apresentando, em sua defesa, justificativa no sentido de que na época em que se deu o homicídio, estaria na região de Ourinhos.

Empreendeu, todavia, fuga da penitenciária do Estado durante a fase instrutória do processo, com real possibilidade de exercer atos de coação sobre aqueles que eventualmente viessem a incriminá-lo pela prática daqueles crimes.

No curso da instrução, apresentou testemunhas de defesa que confirmaram sua presença em uma festividade familiar em Andirá/PR na exata data em que se deu o crime (fls. 458/461 da ação penal), tendo, posteriormente, por intermédio de defensor constituído, apresentado falsa certidão nos autos, sustentando que, naquele mesmo período, tanto ele como seu irmão Antonio Valdeni Canuto Soares, vulgo "Tacha", estavam presos na cidade de Goiânia/GO (fls. 708, 784, 785, 817 e 819 dos autos da ação penal). Malsucedido em seus intentos, sobreveio a juntada aos autos de certidão ideologicamente falsa indicando o seu falecimento, a qual se baseou em declaração e em falso reconhecimento empreendidos por seu irmão João Bosco Canuto Soares (fls. 947 e 1390 da ação penal).

Sobejam nos autos, ainda, indicativos de que o paciente é um dos maiores traficantes da zona leste da Capital do Estado de São Paulo, tendo sido, inclusive, preso no ano de 2008 no Estado de Mato Grosso pela prática de tráfico internacional de 22 quilogramas de cocaína (fl. 1343 da ação penal), logrando, contudo, mais uma vez, furtar-se ao cumprimento do mandado de prisão expedido contra sua pessoa.

Esta Corte, ademais, tem entendido que "para cada prova de indício, há, segundo a defesa, provas em contrário, dá-se, aí, um contraditório sobre os fatos, não sendo, aqui o momento oportuno para decidir acerca da matéria, mas, sim, no júri" (HC 69.588/GO, Segunda Turma, rel. min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 13-11-1992).

Destaque-se, finalmente, a manifestação contida no parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Edson Oliveira de Almeida**, *in verbis*:

Quanto à alegação de insuficiência de indícios de autoria, cabe lembrar que para o juízo interlocutório de pronúncia exige-se tão somente que o juiz esteja convencido da existência do fato delituoso e da probabilidade de ser o acusado o seu autor (José Frederico Marques. *A Instituição do Júri*. São Paulo, Saraiva, 1963, v. 1, p. 224). Presente essa motivação, estão atendidas as exigências dos arts. 408 e 416 do Código de Processo Penal: "mais não seria de exigir-se, notadamente em face que dispõem o art. 408 do Código de Processo Penal, o primado do *in dubio pro reo* e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a pronúncia deve evitar converter um mero juízo de suspeita, que a caracteriza, num inadmissível juízo de certeza, onde haveria inquestionável prejuízo à competência constitucional do Tribunal do Júri para apreciar a questão de mérito (HC 68.606, rel. min. Celso de Mello). *Habeas corpus* indeferido" (HC 73.512/RJ, rel. min. Ilmar Galvão, *DJU* 1-7-1996); no mesmo sentido: HC 55.333/SP, rel. min. Leitão de Abreu, *Revista dos Tribunais* (523):486, maio 1979; HC 70.965/RJ, rel. min. Carlos Velloso, *RTJ* 158(1):175, out/1996.

8. No caso, almejando a desconstituição da sentença de pronúncia, a defesa busca o reexame da matéria fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*. Portanto, irretocável a decisão do STJ que concluiu pela inviabilidade dessa pretensão: Não é demais relembrar que, para a pronúncia, bastam os indícios de autoria e prova da materialidade. Ao E. Tribunal Popular caberá analisar, em profundidade, as teses apresentadas pela defesa. [Fls. 160/161.]

Considerando esse quadro, denego a ordem.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia ao relator para persistir na óptica segundo a qual não se pode relativizar a coisa julgada. Cabe sopesar valores. E o valor maior que decorre da Constituição Federal é a coisa julgada.

A morte não é a única causa de extinção da punibilidade; temos outras no art. 107 do Código Penal e o que adotarmos aqui quanto à morte teremos que adotar também quanto, por exemplo, à decadência, à prescrição. Percebendo o Ministério Público que o documento é falso, deve interpor o recurso. O juízo pode, inclusive, marchar com cautela maior e solicitar ao órgão que teria expedido a certidão a confirmação do respectivo teor. Agora, uma vez prolatada sentença, esgotado o prazo para a impugnação dessa sentença, não se tem como dar o dito pelo não dito, e o dito que foi lançado ao mundo jurídico, pelo Judiciário.

Cito novamente o que aprendi nos bancos da minha gloriosa Nacional de Direito, da eterna Universidade do Brasil: a coisa julgada faz do branco preto e do quadrado redondo. Não é dado nem imaginar, muito menos admitir, que contra ela seguisse a ação penal, uma verdadeira revisional a favor do que seria a sociedade, já que a revisão criminal, segundo o disposto no art. 621 do Código de Processo Penal, que não está sujeita sequer a prazo de decadência, apenas socorre o réu, o condenado, o acusado.

Qual seria o desfecho diante da constatação desse fato? Seria, como preconizado por Damásio, a ação, presente a falsidade ideológica. É o preço, presidente, que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito. O meio justifica o fim, mas não o fim ao meio. Aqui a observância diz respeito a algo que, certo ou errado – e poderia ter sido sob outra óptica, consideradas as causas de extinção da punibilidade do art. 107 –, foi formalizado pelo Judiciário.

Já nesse ponto, caminho no sentido da concessão da ordem, porque, repito, não posso dizer que, no caso de certidão falsa quanto à morte do agente, não se tenha a eficácia da preclusão e que, nas demais hipóteses que levam à extinção da punibilidade, que estão contempladas no art. 107 do Código Penal, haja a prevalência da coisa julgada.

O sistema, a meu ver, é único. O óbice da coisa julgada é fortíssimo, é intransponível no campo do processo criminal, quando essa coisa julgada beneficia o acusado, já que, se o prejudicar, poderá ele intentar, a qualquer tempo, a revisional do art. 621 do Código de Processo Penal.

Há a questão da sentença de pronúncia. A sentença de pronúncia há de basear-se, necessariamente, na materialidade do crime e em indícios, pelo menos mínimos, da autoria. Isso é incontestável se o indício mínimo da autoria é uma denúncia anônima, não serve a respaldar a submissão do acusado, simples acusado até então, ao Tribunal do Júri.

Não sei se, na sentença de pronúncia, há outros elementos além da denúncia anônima. O relator não os mencionou. Por isso, permito-me, quanto a esse segundo ponto, pedir vista em mesa.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Dias Toffoli (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), inexistência.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Dias Toffoli (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mas seria fundamento da sentença. A sentença existiu.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): (Cancelado)

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, tive o cuidado de ler a sentença de pronúncia, e é relativamente longa, porque tem nove folhas e versa indícios da participação de vários acusados. O pano de fundo: um certo policial prendeu um traficante. Houve o resgate desse traficante, que, inclusive, no tiroteio, saiu

ferido. O policial foi morto. Agora, o que se tem quanto ao paciente? Tem-se um exemplar caso de responsabilidade penal objetiva. Há narração de fatos quanto aos demais, relativamente à participação – e aqui vale a tomada de elementos coligidos no inquérito para chegar-se à sentença de pronúncia, que não é sentença condenatória, e, em relação ao paciente, apenas se disse:

> Na sequência das investigações, foi constatado que o dono daquela boca de venda de drogas era Ivanildo Canuto Soares, vulgo Vando, sendo que tudo aconteceu porque um outro traficante teria sido preso por Manoel, o policial, sendo que os comparsas foram resgatá-lo.

A única coisa que se disse quanto ao paciente, na sentença de pronúncia, é que ele seria o dono da boca de fumo, o dono do espaço relativo ao tráfico. Considerar-se isso para submeter alguém ao Tribunal do Júri é partir para a responsabilidade objetiva penal, ou seja, bastaria ter-se, em termos de domínio, algum envolvimento com a área em que ocorrido o acontecimento criminoso para imaginar-se a participação.

Peço vênia, presidente – e aqui se trata não de revisão da prova, mas de considerar-se os parâmetros objetivos e subjetivos da sentença de pronúncia –, para conceder a ordem, afastando – por mais esse motivo, além daquele outro relativo à certidão de óbito falsa – a coisa julgada, quanto a Ivanildo Canuto Soares.

É como voto.

ADIAMENTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Presidente, eu tenho uma preocupação muito grande, assim como todos os ministros desta Corte, com a responsabilização penal objetiva.

A manifestação do eminente ministro Marco Aurélio adentra um ponto ao qual não adentrei, tendo em vista a aplicação da jurisprudência da Corte sobre o revolvimento de matéria fática em *habeas corpus*. Diante da manifestação de Sua Excelência, eu gostaria de refletir.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me deixa de alma lavada!

EXTRATO DA ATA

HC 104.998/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Ivanildo Canuto Soares. Impetrantes: Marcelo Martins Ferreira e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Dias Toffoli, relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, e do voto do ministro Marco Aurélio, que deferia a ordem, o julgamento foi adiado a pedido do ministro relator. Falou o dr. Marcelo Martins Ferreira, pelo paciente. 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
(Confirmação)

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, mantenho o posicionamento. Na primeira parte, porque houve a extinção da punibilidade. Certo ou errado, foi prolatada uma decisão. No campo penal, não se tem a revisão criminal contra o envolvido, o acusado. Sobeja, então, na verdade, sob o ângulo da persecução criminal, o crime de falso, não mais o de homicídio.

Fiz a leitura da sentença de pronúncia. Quanto ao homicídio, alguém está sendo responsabilizado, sob o ângulo da sentença de pronúncia, submissão ao júri, apenas pelo fato de ser dono da boca de fumo. Para mim, é muito pouco em termos de sentença de pronúncia.

Por isso, mantenho o voto, deferindo a ordem.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Só queria, senhor presidente, fazer algumas observações, diante do primeiro tema e do voto sempre brilhante do eminente ministro Marco Aurélio, para dizer que vou reforçar o meu voto com a teoria da existência jurídica do eminente jurista alemão Zacharie – que, no Brasil, tem por discípulos Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello – cuja doutrina eu, nos bancos escolares do Largo São Francisco, aprendi com o saudoso professor Antônio Junqueira de Azevedo.

Aquilo que não existe no mundo dos fatos não pode existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. O mundo jurídico tem de estar dentro do mundo dos fatos. Ele não cabe fora do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração, mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica.

Então, fundado em teoria jurídica bastante sólida, mantenho o meu voto em relação ao que já decidido e a ele agregarei elementos de ordem teórica.

Já votei no Plenário, em outros temas, não na área penal, aplicando a teoria da existência jurídica. Vossas Excelências já tiveram a paciência de me ouvir trazendo essa teoria ao Plenário. Então, é nesse sentido que gostaria de reforçar o meu voto.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, já havia votado e até acompanhado o ministro relator, mas depois eu disse que esperaria. Mas reitero aqui, pedindo as vênias ao eminente ministro Marco Aurélio, para acompanhar o relator.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Também peço vênia para acompanhar o relator.

Entendo que, na verdade, comprovou-se a falsidade da certidão de óbito. Portanto, para mim, é como se ela, de fato, não existisse. E penso também que, para os efeitos da pronúncia, os indícios de autoria, *data venia*, estão suficientemente demonstrados.

EXTRATO DA ATA

HC 104.998/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Ivanildo Canuto Soares. Impetrantes: Marcelo Martins Ferreira e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, vencido o ministro Marco Aurélio. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 14 de dezembro de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

HABEAS CORPUS 105.829 — MG

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Paciente: Eduardo Faleiro Guimaraes — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Agravo de Instrumento 1292490 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal. Moeda falsa (CP, art. 289, § 1º). Pequeno valor. Alegação de incidência do princípio da insignificância. Fato penalmente relevante. *Writ* denegado.**

1. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, não é bastante para demonstrar como legítima sua pretensão.

2. Nas circunstâncias do caso, o fato é penalmente relevante, pois a moeda falsa apreendida seria suficiente para induzir a engano, o que configura a expressividade da lesão jurídica da ação do paciente.

3. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar – em crimes de moeda falsa – a fé pública, que é um bem intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda. Precedentes.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 6 de setembro de 2011 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Eduardo Faleiro Guimarães, apontando como autoridade coatora o ministro **Celso Limongi**, do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AI 1.292.490/MG interposto àquela Corte.

Sustenta a impetrante, em síntese, que "o Paciente teria tentado introduzir no meio circulante 5 (cinco) cédulas falsas no valor de R$ 5,00 (cinco reais) e quatro cédulas de R$ 10,00 (dez reais), não obstante, o paciente afirmou que não tinha conhecimento da falsidade e que recebeu as cédulas como verdadeiras por produto de venda de mercadorias. É notória a mínima ofensividade da conduta do

agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada" (fl. 3 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que "seja cassada a r. decisão que condenou o réu, em razão do princípio da insignificância, e que sua conduta seja considerada atípica, *absolvendo o paciente*, das acusações que lhe foram imputadas" e, no mérito, pede a confirmação da liminar requerida (fl. 6 da inicial – Grifos conforme o original).

Em 15-10-2010, por não vislumbrar nenhuma ilegalidade manifesta, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, indeferi a medida liminar, solicitando informações à autoridade apontada como coatora, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Edson Oliveira de Almeida**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do ministro **Celso Limongi**, do Superior Tribunal Justiça, que negou provimento ao AI 1.292.490/MG impetrado àquela Corte.

Narra a impetrante, na inicial, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista "o v. acórdão, eis que se encontra amparado pela atipicidade da conduta agasalhado pelo princípio bagatelar" (fl. 7 da inicial).

A decisão ora questionada tem a seguinte fundamentação:

> Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Eduardo Faleiro Guimarães*, contra decisão que inadmitiu seu recurso especial.
>
> O recurso obstado, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, foi apresentado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
>
> Alega o recorrente que o acórdão recorrido violou o art. 289, § 1º, do Código Penal, argumentando que a suposta falsificação de moeda no valor de R$ 65,00 (sessenta e cinco reais) é atípica, pois inocorrente lesão significativa ao bem jurídico tutelado que mereça atenção do aparato judiciário criminal (fls. 37 e 38).
>
> Sustenta que inexiste qualquer prova da conduta dolosa ou má-fé do réu, e que a devida aplicação do princípio da insignificância ao caso gera a atipicidade material da conduta e, neste caso, dar seguimento à ação viola o art. 395, inciso II, do CPP (fl. 37).
>
> O Ministério Público Federal, às fls. 81/82, opinou pelo não provimento do agravo.
>
> Contrarrazões apresentadas às fls. 41/55.
>
> É o relatório.
>
> Decido.

O recurso especial interposto pelo agravante não reúne condições de admissibilidade.

É que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de não caber a aplicação do princípio da insignificância, ainda que a nota falsificada seja de pequeno valor, como se vê nos seguintes julgados:

> *Habeas corpus. Penal. Moeda falsa. Crime contra a fé pública. Falsificação de duas notas de R$ 50,00. Princípio da insignificância. Impossibilidade.*
>
> 1. Ainda que seja a nota falsificada de pequeno valor, descabe aplicar ao crime de moeda falsa o princípio da insignificância – causa supralegal de exclusão de ilicitude – pois, tratando-se de delito contra a fé pública, é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.
>
> 2. Não sendo a falsificação grosseira, nem ínfimo o valor das notas falsificadas (duas cédulas de R$ 50,00), não há como reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao Paciente.
>
> 3. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Ordem denegada. [HC 129.592/AL, rel. ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 7-5-2009, *DJe* de 1-6-2009 – Grifo nosso.]
>
> *Recurso especial. Falsificação de moeda. R$ 50,00. Princípio da insignificância. Pequeno valor. Inaplicabilidade. Recurso improvido.*
>
> 1. É imprescindível que a aplicação da medida descriminalizadora consubstanciada no princípio da insignificância se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, rel. min. *Celso de Mello*, *DJU* de 19-4-2004).
>
> 2. No caso de crime de falsificação de moeda, a norma não busca resguardar somente o aspecto patrimonial, mas também, e principalmente, a moral administrativa, que se vê flagrantemente abalada com a circulação de moeda falsa.
>
> 3. A menor quantidade de notas ou o pequeno valor de seu somatório não é apto a quantificar o prejuízo advindo do ilícito perpetrado, a ponto de caracterizar a mínima ofensividade da conduta para fins de exclusão de sua tipicidade.
>
> 4 Recurso a que se nega provimento, em que pese a manifestação ministerial. [REsp 964.047/DF, rel. min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Quinta Turma*, julgado em 25-10-2007, *DJ* de 19-11-2007 p. 289 – Grifo nosso.]
>
> *Penal. Habeas corpus. Circulação de moeda falsa. Art. 289, § 1º, do Código Penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Existência de expressiva lesão jurídica, periculosidade social da ação, ofensividade e alto grau de reprovabilidade da conduta. Desclassificação. Matéria não analisada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Procedimento vedado em sede de habeas corpus. Ordem denegada.*
>
> 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo,

no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. No caso do delito do art. 289 do Código Penal, o bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a segurança na circulação monetária e a confiança que a população tem em sua moeda, mostrando-se irrelevante o valor da cédula apreendida ou mesmo a quantidade de notas encontradas em poder do agente (HC 120.644/MS).

Precedentes do STF.

3. A expressiva lesão jurídica causada, a existência de periculosidade social da ação, a ofensividade e o alto grau de reprovabilidade da conduta do agente tipificada no art. 289, § 1º, do CP não permitem a incidência do princípio da insignificância.

4. O pleito de desclassificação do delito de circulação de moeda falsa para estelionato não foi objeto de discussão no Tribunal de origem, motivo por que é vedado a esta Corte Superior o exame do pedido, sob pena de supressão de instância.

5. Para se proceder à desclassificação é necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório coletado durante a instrução criminal, inviável em sede de *habeas corpus*.

6. Ordem denegada. [HC 133.812/SP, rel. min. *Arnaldo Esteves Lima*, *Quinta Turma*, julgado em 18-5-2010, *DJE* de 7-6-2010 – Grifo nosso.]

Assim, aplica-se no caso verte, o enunciado 83 da Súmula deste STJ, a impedir o especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Intime-se. [www.stj.jus.br.]

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste *writ*.

Apesar de existir decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa (HC 83.526/CE, rel. min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 7-5-2004), penso que essa circunstância não é suficiente para demonstrar como legítima a pretensão da impetrante.

Naquele precedente, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal considerou as circunstâncias da situação concreta apresentada – tais como a) falsificação grosseira; b) a inexpressividade da lesão jurídica causada; e c) o fato de ter sido apreendida uma "nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras" – como razões suficientes à concessão da ordem.

Diversa, contudo, é a situação apresentada no caso presente.

Tem-se, na espécie, que o paciente foi acusado de haver "tentado introduzir no meio circulante cinco cédulas falsas no valor de R$ 5,00 (cinco reais) e quatro cédulas de R$ 10,00 (dez reais)".

De se ressaltar trecho do voto do eminente desembargador federal **Mário César Ribeiro**, do Tribunal Regional da 1ª Região, no julgamento da Apelação Criminal 2006.38.00.0037574-8, *in verbis*:

(...) Compulsando os presentes autos verifico que o denunciado, ora recorrido, ao ser interrogado pela autoridade policial, "perguntado onde e com quem conseguiu as cédulas apreendidas e se sabia da falsidade das cédulas, permaneceu calado".

Pois bem, as cédulas apreendidas foram consideradas "falsificações de boa qualidade", concluindo os peritos que "podem passar por autênticas no meio circulante, enganando pessoas comuns, do povo, principalmente quando apresentadas em condições adversas de luminosidade ou quando agrupadas com outras cédulas" (cf. "Laudo de Exame em Moeda (Papel-Moeda)" – fl. 22).

Assim, penso que não se pode afirmar se estar diante de constrangimento ilegal, pois a moeda falsa apreendida seria suficiente para induzir terceiros a engano, o que configura a expressividade da lesão jurídica da ação do paciente.

Assevere-se, ademais, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Pacientes denunciados e condenados pela infração do art. 289, § 1º, do Código Penal. Decisão que acolhe o relatório e os argumentos lançados no parecer do Ministério Público: idoneidade. Alegação de incidência do princípio da insignificância. Precedente do Supremo Tribunal: não aplicação a espécie vertente. Precedentes. Habeas corpus denegado. 1. Fundamentada a decisão que adota o parecer do Ministério Público estadual como razão de decidir: o que se exige é que o arrazoado acolhido contenha argumentação pertinente e suficiente ao quanto posto em exame, o que, no caso, foi plenamente atendido. Precedentes. 2. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão. 3. Nas circunstâncias do caso, o fato é penalmente relevante, pois a moeda falsa apreendida, além de representar um valor cinquenta vezes superior ao do precedente mencionado, seria suficiente para induzir a engano, o que configura a expressividade da lesão jurídica da ação do paciente. 4. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar – em crimes de moeda falsa – a fé pública, que é um bem intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda. Precedentes. 5. *Habeas corpus* denegado. [HC 96.080/DF, Primeira Turma, rel. min. **Cármen Lúcia**, *DJE* de 21-8-2009.]

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Paciente denunciado pela infração do art. 289, § 1º, do Código Penal. Alegação de incidência do princípio da insignificância. Precedente do Supremo Tribunal favorável à tese da impetração: não aplicação à espécie vertente. Precedentes. Habeas corpus denegado. 1. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão. 2. Nas circunstâncias do caso, o fato é penalmente relevante, pois a moeda falsa apreendida, além de representar um valor vinte vezes superior ao do precedente mencionado, seria suficiente para induzir a engano, o que configura a expressividade da lesão jurídica da ação do paciente. 3. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar – em crimes de moeda falsa – a fé pública, que é um bem

intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda. Precedentes. 4. *Habeas corpus* denegado. [HC 96.153/MG, Primeira Turma, rel. min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 26-6-2009.]

Penal. Habeas corpus. Moeda falsa. Art. 289, § 1º, do Código Penal. Dez notas de pequeno valor. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Desvalor da ação e do resultado. Impossibilidade de quantificação econômica da fé pública efetivamente lesionada. Desnecessidade de dano efetivo ao bem supraindividual. Ordem denegada. I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despicienda que não seja razoável a imposição da sanção. II – Mostra-se, todavia, cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 289, § 1º, do Código Penal, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do Código Penal se refere foi vulnerada. III – Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco, para a imposição da reprimenda. IV – Os limites da culpabilidade e a proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo julgador monocrático, que substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos, em grau mínimo. V – Ordem denegada. [HC 93.251/DF, Primeira Turma, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 22-8-2008.]

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Presidente, aqui eu não vou invocar a música do Altemar Dutra, mas vou invocar um ditado popular, que diz: "de grão em grão a galinha enche o papo". Então falsifica-se notas de cinco, de dez, e assim, aos pouquinhos, faz-se uma fortuna.

Acompanho o voto do relator para denegar a ordem.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: O que a defesa articulou foi a boa-fé, mas isso tem que ser elucidado no correr da instrução criminal.

Acompanho o relator, indeferindo a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 105.829/MG — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Eduardo Faleiro Guimaraes. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Relator do Agravo de Instrumento 1292490 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceram os ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski para julgar processos a eles vinculados. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 6 de setembro de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.889 — DF

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Recorrentes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Diego Goiá Schmaltz — Recorrido: Goiá Fonseca Rates

Recurso extraordinário. Direito processual civil e constitucional. Repercussão geral reconhecida. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização. Repropositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanação de seu direito de personalidade.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

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

na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Brasília, 2 de junho de 2011 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: O *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* e *Diego Goiá Schamltz* interpõem recursos extraordinários (fls. 281 a 293 e 295 a 308, respectivamente) contra acórdão proferido pela Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

> *Civil e processual civil – Ação de investigação de paternidade – Preliminar de coisa julgada rejeitada na instância monocrática – Agravo de instrumento – Repetição da ação proposta em razão da viabilidade da realização do exame de DNA atualmente – Preliminar acolhida – Provimento do recurso:*
>
> Havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento de mérito. [Fl. 268.]

Insurgem-se, nos apelos extremos, fundados na alínea *a* do permissivo constitucional, contra suposta violação dos arts. 5º, XXXVI, e 227, § 6º, da Constituição Federal, consubstanciada pelo reconhecimento da impossibilidade do prosseguimento de ação de investigação de paternidade, com fundamento em coisa julgada, dado o ajuizamento de anterior demanda, com o mesmo objeto, cuja sentença de improcedência já havia transitado em julgado.

Depois de apresentadas contrarrazões (fls. 314 a 327), os recursos foram admitidos, na origem (fls. 329 a 333), o que ensejou a subida dos autos a esta Suprema Corte.

Por fim, o parecer subscrito pela subprocuradora-geral da República dra. Sandra Cureau é no sentido do provimento do recurso (fls. 338 a 348). Assim diz sua ementa:

> Recursos extraordinários. Filiação. Investigação de paternidade. Acolhimento de preliminar de coisa julgada. I – Sentença que julga improcedente o pedido, por insuficiência do conjunto probatório, aprecia o mérito da causa. Precedentes do STJ. II – Conflito entre princípios constitucionais. Aplicando-se na espécie, o princípio da proporcionalidade, deve imperar o direito do filho em saber quem é seu ascendente. Não incidência da eficácia de coisa julgada. III – Parecer pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Quanto à matéria de fundo, entendo que merece prosperar a irresignação.

O acórdão ora em análise reconheceu que, em razão de ter sido julgada improcedente, "por insuficiência de provas dos fatos alegados", anterior demanda de investigação de paternidade ajuizada com fundamento na mesma relação pessoal supostamente havida entre a mãe do autor e o réu, impossível seria a propositura de outra ação, com idêntico objeto, dado o óbice intransponível da coisa julgada, outrora estabelecida naquele feito.

Manifestou-se, tal decisão, sobre a aplicação e a interpretação do art. 468 do CPC, pondo em causa o problema da coisa julgada em confronto com a existência de uma relação jurídica de direito de família, a saber, a paternidade. Embora o aresto não tenha feito alusão explicitamente a esse constructo teorético, o Tribunal *a quo* fez-se valer da técnica de conflito entre princípios, tendo, de um lado, a segurança jurídica, e, do outro, a dignidade humana e a paternidade responsável.

Creio ser indispensável enaltecer a circunstância da desnecessidade da invocação da **dignidade humana** como fundamento decisório da causa. Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia *certa doutrina*, especialmente de direito privado, transformando a **conspícua dignidade humana**, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panaceia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. Não se pode esquecer o processo de deformação a que foi submetida a cláusula geral da boa-fé na jurisprudência francesa, a ponto de seu recurso excessivo levar ao descrédito essa importante figura jurídica. Nesse ponto, estou acompanhado de autores como **João Baptista Vilella** e **Antonio Junqueira de Azevedo**. Cito, a propósito, excerto de lição do primeiro teórico:

> Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura. [VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: *Superior Tribunal de Justiça*: Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 559-581, 2009. p. 562.]

Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado, "um tropo oratório que tende à flacidez absoluta". E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa *principiolatria* sem grandes freios.

Voltando ao ponto central da controvérsia, convém destacar alguns aspectos ligados à evolução histórica do conceito de paternidade.

O jurista português **Guilherme de Oliveira** (*Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade, 1983. p. 12 e seguintes) descreve que sempre foi um problema teórico (e prático) a opção entre as ficções jurídicas ligadas ao reconhecimento da paternidade e seu exame fático. Decidiu-se, segundo ele, após longas discussões nos trabalhos preparatórios do *Código Civil* francês de 1804, em favor da ficção.

Seria, conforme o ensinamento de **François Laurent**, "um último favor que a lei concede à legitimidade (...). O legislador prefere esta ficção que não prejudica ninguém, já que ninguém a contesta, à realidade, porque proclamar a realidade seria castigar inutilmente o filho".

Em grande medida, esse problema da estabilidade das relações jurídicas, no subconjunto específico da paternidade, ligava-se a três fatores historicamente delimitados: a) o nível ainda elementar de desenvolvimento das Ciências Naturais, o que tornava os questionamentos em torno da paternidade absolutamente débeis no campo probatório; b) a facilidade com que se resolviam os casos levados aos tribunais pelo critério das presunções *iuris*; c) os níveis diferenciados de filiação, que se conectavam com a estrutura familiar binária (legítima-ilegítima), que perdurou nas sociedades ocidentais por séculos.

Especificamente no que se refere ao problema da discriminação entre os filhos, é de ser feita uma justiça histórica. **Clóvis Beviláqua**, na concepção do projeto de Código Civil de 1916, não compactuava com a estrutura familiar arcaica, muito menos com as formas diferenciadas de qualificação dos filhos. Ao escrever sobre o conceito de família, anotou o eminente civilista que:

> A forma igualitária actual, se não é a mais forte e se espera modificações do tempo para accentuar-se melhor, é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer às necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão à vida physica, economia e moral do indivíduo. [BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Recife: Ramiro M. Costa e Filhos Editores, 1903. p. 9.]

O princípio da isonomia sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, desde a Imperial Constituição de 1824 até a vigente Carta de 1988. Rigorosamente, quaisquer normas que estipulassem elementos discriminatórios entre os filhos estariam em franca dissonância com esse primado constitucional *ab ovo*.

Em termos legislativos, porém, essa diferenciação existia, ainda que sob o protesto de alguns civilistas. Considere-se que, pelo regime instituído pelo Código Civil de 1916, o parentesco era qualificado como legítimo ou ilegítimo, segundo procedesse ou não de casamento. Entre os filhos ditos ilegítimos, havia a subdivisão entre naturais e espúrios, sendo certo que apenas os naturais poderiam ser legitimados, pelo subsequente casamento de seus genitores.

Além disso, impossível se mostrava o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, sendo igualmente vedadas ações de investigação de paternidade contra homens casados, bem como de maternidade, se tivesse por fito atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira.

Com a outorga da Carta Constitucional de 1937, previu-se, em seu art. 126, a equiparação entre os filhos legítimos e os naturais, facilitando a esses o reconhecimento, e estendendo-lhes, ainda, os direitos e deveres que, em relação aos filhos legítimos, cabem aos pais.

Mais tarde, com a edição do Decreto-Lei 4.737/1942, foi permitido o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite e a Lei 883/1949 permitiu tal ato após a dissolução, por qualquer modo, da sociedade conjugal.

A chamada Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) permitiu a qualquer dos cônjuges, ainda na vigência do matrimônio, reconhecer filho havido fora desse, o que deveria ser feito por meio de testamento cerrado.

A Lei 7.250/1984 veio a possibilitar o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, em ação de investigação de paternidade, desde que os cônjuges estivessem separados de fato há pelo menos cinco anos.

Essas mudanças implicavam um giro copernicano em um dos três fundamentos do apego histórico às presunções de paternidade. Ao tempo em que a lógica binária do legítimo-ilegítimo enfraquecia-se no direito de família, eram também deixados de lado os cômodos recursos às presunções e à verdadeira camisa-de-força em torno da *imutabilidade do estado de paternidade*. Se era possível a um homem tornar-se pai, de um dia para o outro, após sua morte ou, em tempos mais recentes, depois de findo o vínculo conjugal, quebra-se um vórtice do sistema clássico. E abre-se margem para a pergunta: *seria esse homem um pai somente após o reconhecimento jurídico de sua condição ou esse status seria coevo ao próprio nascimento do filho?*

É evidente que a paternidade era conatural à concepção, desde que posteriormente confirmada com o nascimento com vida. Mas o reconhecimento jurídico – ainda que póstero – implicava **a aceitação da perturbadora ideia de que o direito só serviria para tingir de jurídico, como gostava de referir Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o que já o era *de facto***.

Peço, agora, o auxílio de **Machado de Assis**, autor de outros tempos, mas eterno em sua literatura, para descrever, em outra linguagem, o que tento demonstrar em terminologia jurídica.

No romance **Helena**, ele descreve, no primeiro capítulo, a morte do conselheiro Vale, "de apoplexia fulminante". A personagem deixa um testamento, que vai ser aberto por seu amigo, o dr. Camargo. Provavelmente sabedor de seu conteúdo, ele pergunta aos familiares: "Sabem o que estará aqui dentro? Disse enfim Camargo. Talvez uma lacuna ou um grande excesso."

A família tentou decifrar a razão dessas palavras. E isso só foi efetivamente compreendido quando da abertura do testamento cerrado. E cito **Machado de Assis**, nesse ponto:

> Uma disposição havia, porém, verdadeiramente importante. O conselheiro declarava reconhecer uma filha natural, de nome Helena, havida com D. Ângela da Soledade. Esta menina estava sendo educada em um colégio de Botafogo. Era declarada herdeira da parte que lhe tocasse de seus bens, e devia ir viver com a família, a quem o conselheiro instantemente pedia que a tratasse com desvelo e carinho, como se de seu matrimônio fosse.

Eis que uma pessoa, existente e real, era *transubstanciada juridicamente* após um ato de vontade, um negócio jurídico testamentário, de eficácia superveniente. Lanço aqui um questionamento prévio: *haveria alguma diferença se a intervenção do direito se operasse por uma sentença que, também de modo ulterior, admitisse a entrada no plano jurídico de um requisito qualificador de um elemento do plano da existência?*

Volte-se à leitura jurídica do caso sob análise.

A Constituição Federal de 1988, com a norma de seu art. 227, § 6º, consolidou essa evolução histórica e, finalmente, resolveu uma incoerência interna existente na ordem jurídica pretérita, que não dava plena expansão ao princípio da igualdade, ao menos no que toca a seu efetivo reconhecimento. Essa norma constitucional dissipou qualquer dúvida sobre a plena igualdade entre as diversas categorias de filhos, outrora existentes, vedada qualquer designação discriminatória que fizesse menção à sua origem.

O art. 227, § 6º, da CF/1988 também teve o mérito de destacar explicitamente a paternidade responsável, como que a reforçar o entendimento de que esse é um dos nortes que sempre deverão pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares.

Aliás, quanto à paternidade responsável, deve ser destacada a importância que se lhe atribui a doutrina, servindo-me, para exemplificar, do seguinte excerto da obra de **Guilherme Calmon Nogueira da Gama** a respeito do tema:

> O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana, a partir da concepção e do nascimento do filho. [GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 454.]

Por essa razões, intolerável se mostra a possibilidade de que o ato voluntário ou não de gerar um novo ser humano possa vir despido de consequências

outras para quem assim o procede, tendo por destinatário exatamente o novo ser assim gerado.

Seguiram-se inúmeras outras mudanças normativas, gradativamente efetuadas, para a devida adequação de nossa legislação ordinária ao texto constitucional, merecendo destaque, porque diretamente relacionado ao tema aqui em debate, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, imprescritibilidade essa, de resto, que já era reconhecida por esta Suprema Corte há muito tempo. Deve-se aqui rememorar a existência de Súmula a respeito do tema, de n. 149, aprovada na sessão plenária do dia 13-12-1963 e que dispõe, textualmente, que: "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."

Em certa medida, é o que já defendia a melhor doutrina, ao exemplo de **Regina Beatriz Tavares da Silva** (Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2000):

> No entanto, a ideia de que a sentença que julga improcedente o pedido de reconhecimento faz coisa julgada somente formal mostra-se coerente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando esta lei atribui ao reconhecimento da filiação o caráter de direito personalíssimo e imprescritível, que pode ser vindicado sem restrições.
>
> Se considerarmos que o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui eficácia de coisa julgada somente formal à sentença que não reconhece a paternidade, a questão sempre pode ser enfrentada, mais uma vez, perante os Tribunais.

Este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer a magnitude e a importância do direito personalíssimo de que são dotados todos os seres humanos, de conhecer a verdade sobre sua origem biológica.

Tal ocorreu quando do julgamento, pelo Plenário desta Corte, do RE 248.869/SP, relatado pelo ilustre ministro **Maurício Corrêa**, o qual, embora não dissesse respeito, especificamente, à matéria em debate nestes autos, encerra preciosas lições a respeito do tema aqui em discussão. Reproduz-se, por isso, sua ementa:

> *Recurso extraordinário. Constitucional. Processual civil. Legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade. Filiação. Direito indisponível. Inexistência de Defensoria Pública no Estado de São Paulo.* 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger,

derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27). 4. A Lei 8.560/1992 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, art. 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, art. 129; CPC, art. 81; Lei 8.560/1992, art. 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. [*DJ* de 12-3-2004.]

E, dadas as orientações que traz sobre relevantes aspectos da matéria litigiosa ora em discussão, também merecem reprodução alguns trechos de sua fundamentação, nesse que se constitui verdadeiro *leading case* desta Corte, a reconhecer e assegurar o direito personalíssimo de todo ser humano, ao conhecimento da verdade sobre sua origem biológica, *in verbis*:

Cuida-se, no caso concreto, do direito à investigação de paternidade. Oportuno lembrar, de início, que a Constituição Federal adota a família como base da sociedade, a ela conferindo proteção do Estado. Tem-se como entidade familiar não apenas a decorrente do casamento, mas também aquelas fruto da união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O planejamento familiar, embora livre, deve fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Daí ser vedada, de forma expressa, a discriminação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, e o reconhecimento de ser direito legítimo da criança saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º).

O estado da pessoa é uma qualificação jurídica que deriva da posição que os sujeitos ocupam na sociedade e da qual decorrem direitos e deveres, no ensinamento do mestre Orlando Gomes (Introdução ao Direito Civil, p. 147, citada no parecer do MP à fl. 190). E mais, regula-se por dispositivos de ordem pública, pois a situação jurídica de cada indivíduo interessa a toda sociedade. Esses preceitos não podem ser modificados pela vontade do particular. São *jus publicum*, *privatorum*

pactis mutari non potest. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin, "a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal" (*Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, Fabris Editor, 1992, p. 167, apud Belmiro Pedro Welter em *Direito de família*: questões controvertidas, Ed. Síntese, 2000, p. 139/140).

Fundado em tais premissas, dispõe expressamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990):

> Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública.

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública sobrejacente, ou no dizer de Ruggiero "pela utilidade universal da comunidade". (É do Professor Milton Sanseverino a lição de quando o interesse é regulado por uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública, vê-se logo, que o interesse por ela regulado há de ser indisponível, porque não depende, com exclusividade, da vontade de seu titular. Fica ele, portanto, como que vinculado em nome da utilidade maior e mais absorvente, que é a utilidade pública, ou como diz Ruggiero, pela utilidade universal da comunidade (RF 254/203) – Ac. no STJ-RESP n. 129.426, Waldemar Zveiter, *DJ* de 23-3-1998).

Está fora de qualquer dúvida, portanto, que o direito ao reconhecimento da paternidade tem conteúdo indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Há que se considerar, ainda, que a proteção à infância, que por óbvio alcança o direito à filiação, deve ser tutelado pelo Estado, até porque relacionado expressamente entre os direitos sociais (CF, art. 6º), que segundo José Afonso da Silva "são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais" (...) (*Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 12. ed., 1996, p. 277).

> O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. De qualquer sorte essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade (...).
>
> O direito em debate está ligado à família, à proteção, à dignidade e ao respeito à criança, bens amparados, como se sabe, pela Constituição, como dever do Estado e obrigação de toda a sociedade (CF, arts. 6º e 227), o que não apenas autoriza como recomenda a atuação do Ministério Público.

A importância daquele julgamento não pode ser negligenciada por ter sido a primeira manifestação clara e explícita deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e por representar contundente tomada de posição quanto ao direito indisponível à busca da verdade real, no contexto de se conferir preeminência ao **direito geral da personalidade**.

Retomando o fio condutor da argumentação ora desenvolvida, a saber, da superação dos elementos: a) legitimidade familiar (e da paternidade); b) apego às presunções; e c) recusa a julgamentos baseados em provas tecnicamente frágeis, tem-se como traçar um paralelo com a introdução de novo elemento nessas questões: **o exame de DNA e o direito de ter acesso a um meio de prova conducente ao que os alemães têm denominado de direito fundamental à informação genética**.

A esse respeito, veja-se o tratamento que esta Corte dispensa ao dever do Estado em providenciar que os necessitados tenham acesso às técnicas de DNA, como forma de conhecer a verdade sobre sua origem genética, em ações de investigação de paternidade, citando-se, para ilustrar, a ementa do seguinte precedente:

> Recurso extraordinário. Investigação de paternidade. Correto o acórdão recorrido ao entender que cabe ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, oferecendo o devido alcance ao disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. [RE 207.732/MS, rel. min. Ellen Gracie, Primeira Turma, *DJ* de 2-8-2002.]

E de sua fundamentação, igualmente representativa da preocupação da ministra **Ellen Gracie** com a relevância do tema, destaque-se o seguinte trecho:

> O Estado não pode se omitir em dar a maior eficácia possível a uma garantia tão importante ao Estado de Direito como a do acesso efetivo à prestação jurisdicional, principalmente aos mais carentes. Deve-se atentar para a importância social existente em uma ação de reconhecimento de paternidade, em que qualquer erro no julgamento poderá implicar sérios prejuízos, tanto para o investigando, quanto ao investigado, exigindo a precisão inerente ao exame de DNA, em nome da segurança jurídica.

Cumpre destacar, nesta oportunidade, a similitude fática da hipótese descrita nesse aludido precedente, com a situação retratada neste processo, no qual se observa que anterior ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, porque o autor da demanda, bem como sua representante legal (sua

genitora), que litigavam sob os auspícios da gratuidade judiciária, não tiveram condições de arcar com os custos do exame de DNA, que seria de fundamental importância para o deslinde da controvérsia.

De fato, o prolator da sentença proferida na primitiva demanda ajuizada contra o recorrido então observou que:

> Requerida a prova pericial, pelo teste do DNA, instalou-se discussão incidental a respeito de haver, ou não, o requerido assumido do compromisso de participar dos seus custos, sabidamente elevados (U$ 1.500,00, sem computar aí os honorários do perito). Ao final, inviabilizou-se a realização dessa prova – a que seria essencial e decisiva, dada sua precisão e segurança técnica atualmente – pela recusa do requerido e pela falta de condições financeiras do requerente (...). Lamentável, sob todos os aspectos, a impossibilidade de ter-se aqui, a prova pericial; sobretudo com a precisão hoje assegurada pelo DNA. Resta o consolo de, nestes e noutros tantos casos semelhantes, ficar a parte autora sempre com a possibilidade de, recorrendo, tentar ver o custeio de tal prova se viabilizar, para insistir na Justiça. Fica a esperança, também, e o apelo reiterado, de que o próprio Poder Público, no caso através do Egrégio Tribunal de Justiça, possa no futuro vir a assumir (mediante convênios, ou outra forma) esse ônus, perante uma população, via de regra, carente dos meios até para as despesas cartorárias, tanto mais para uma prova tão onerosa (...) [Fl. 19.]

E, para realçar ainda mais essa semelhança, merece transcrição parte do despacho saneador proferido nestes autos e que deu ensejo à prolação do acórdão ora em análise:

> A Carta Política de 1988, que já estava em vigor na época da propositura da ação de investigação de paternidade que tramitou perante o ilustrado juízo da 3ª Vara de Família desta Circunscrição Judiciária, prescreve, em seu art. 5º, inciso LXXIV, no Capítulo *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o seguinte, verbis*:
>
> LXXIV – *O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*; (sic grifei o texto).
>
> Ora. A norma constitucional acima transcrita é de uma clareza de doer e a sua aplicação e efetividade não pode ficar à mercê dos aplicadores do direito e da lei, máxime porque se trata de uma norma de inexcedível alcance social. Desta forma, a hipossuficiência de recursos não pode, em hipótese alguma, constituir-se num óbice ao alcance de uma justa prestação jurisdicional, constituindo-se, numa inarredável obrigação do Estado – e o Magistrado tem o poder-dever de fazer cumprir a Constituição, mesmo porque presta este juramento quando por ocasião de sua investidura no cargo –, fornecer aos carentes os meios necessários para a justa composição da lide.
>
> Noutros termos: não dispondo, a parte, das condições de suportar as despesas do exame DNA, cabe ao Estado fazê-lo. A gratuidade de justiça, é bom frisar, não se limita, apenas e tão somente, à isenção das custas processuais – muito baratas por sinal. A gratuidade de justiça, implica na gratuidade de todas as despesas do processo, inclusive relativa à prova pericial.
>
> (...)
>
> Inadmissível afigura-se-me, isto sim, penalizar o cidadão, a parte, a pessoa, enfim, que tanto confiou na Justiça, pela incúria do Estado que não cuidou de, à época, proporcionar à parte os meios para a justa composição da lide.

E o pior: na hipótese em testilha penaliza-se a parte mais carente da relação processual; um adolescente, nascido aos 30-*nov*-1981 (fl. 12), a quem a Constituição da República diz assegurar-lhe, *com absoluta prioridade*, o direito *à dignidade*, *ao respeito*, enfim, a todos os direitos previstos no *caput* do art. 227 do texto constitucional.

Neste diapasão, negar o direito ao autor à tutela jurisdicional ampla e irrestrita, ao adolescente que busca um dos mais elementares direitos de todo e qualquer cidadão, que é o direito à filiação, é fazer pouco caso da norma constitucional, datíssima vênia.

De cediço conhecimento que hoje, em Brasília, Lei Distrital (Lei 1.097/1996) dispõe quanto à obrigatoriedade do Estado em realizar o exame DNA para as pessoas carentes. Esta Lei Distrital não existia à época da ação que tramitou perante o ilustrado Juízo da Terceira Vara de Família mas este fato não afasta a aplicação da norma constitucional acima lembrada.

(...)

Não bastasse tudo isto, ou seja, o aspecto meramente formal, favorável ao autor, porquanto, como por demais sinalado, *não houve julgamento de mérito; a lide não restou composta*; o Estado Juiz não resolveu, não solucionou o litígio; não afirmou se entre autor e réu há uma importantíssima relação jurídica: a de parentesco.

Ora. Estamos diante de uma *ação de estado*. Ação de importância inquestionável; a verdade processual real deve prevalecer sobre qualquer uma outra.

De nada adianta termos uma legislação favorável e protetora aos direitos da criança e do adolescente, a começar pela própria Lei Fundamental, se, no momento de fazermos valer estas leis curvamo-nos ao formalismo, às fórmulas frias de aplicação da lei. À criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, são assegurados o direito à vida, à saúde, *à dignidade*, *ao respeito*, enfim, cabe ao estado e à família fazerem valer estes direitos insculpidos na Constituição Federal (art. 227, CF/88) e repetidos em diversas passagens no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, etc. da Lei 8.069/1990).

Tenho para mim, com a devida *vênia* dos que pensam em contrário, que o acolhimento da preliminar de coisa julgada, na hipótese vertente, é fazer tabula rasa das normas constitucionais e doutros dispositivos de lei mencionados nesta decisão. E mais: numa época em que tanto se propugna por uma justiça social, acessível à sociedade, independentemente da condição social ou financeira do jurisdicionado, o acolhimento da preliminar afigura-se-me um retrocesso, com todo o respeito dos que pensam em contrário. O processo não é um fim em si mesmo; é apenas um meio; é o instrumento da jurisdição; é o meio de que se vale o Estado para *compor os litígios*. Uma sentença terminativa, como a proferida nos autos da ação de investigação de paternidade processada na Terceira Vara de Família, não solucionou o litígio. Vale dizer: naquele caso, o Estado *não exerceu a função jurisdicional; não disse o direito*. O processo encerrou-se de forma irregular; anômala. Porquanto, a forma normal de extinção do processo é a extinção com apreciação da matéria meritória acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor. [Fls. 114 a 120.]

Constata-se, portanto, que à semelhança do que obtemperou a ministra **Ellen Gracie**, nos autos do recurso antes referido, no caso presente, mostra-se de todo conveniente permitir-se a realização do exame de DNA, para que, com absoluta segurança, venha a ser proferida decisão judicial acerca da origem biológica do autor da demanda, anotando-se, por oportuno, que contava ele

com menos de oito anos de idade, quando do ajuizamento da primeira demanda investigatória que aforou, representado por sua mãe. Atualmente, ele conta com mais de 28 anos de idade e ainda não obteve uma resposta cabalmente fundamentada, calcada em uma prova de certeza inquestionável, acerca de sua veraz origem genética.

Nessa conformidade, além de esparsas menções em precedentes já mencionados, transcreve-se o seguinte trecho de decisão monocrática, assim dispondo, da lavra do eminente ministro **Cezar Peluso**, proferido nos autos da AC 2.182/DF, na qual, depois de dissertar sobre o respeito à garantia constitucional da coisa julgada, que entre nós consubstancia "conspícuo direito fundamental (art. 5º, XXXVI)", asseverou Sua Excelência, que

> [e]sse direito fundamental à segurança jurídica não é, como todos os demais, absoluto, podendo ceder em caso de conflito concreto com outros direitos de igual importância teórica. Ora, somente em hipótese nítida de colisão entre direitos fundamentais é que se pode admitir, em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", mediante ponderação dos respectivos bens jurídicos, com vistas à solução do conflito. [*DJE* de 12-11-2008.]

Embora esse *decisum* aluda à técnica de colisão de princípios, **a respeito da qual guardo reservas e só a tenho utilizado para demonstrar que, mesmo por essa via, se pode chegar a resultados simétricos**, é evidente que a ideia de coisa julgada como *topos* argumentativo isolado não se presta a resolver o problema do *direito fundamental à identidade genética*. Dito de outro modo, argumentar com a invocação pura e simples da coisa julgada, especialmente em matéria de suma relevância para a definição da personalidade, é o mesmo que se valer das antigas ficções jurídicas, tão úteis em tempos avoengos, de parcos recursos técnicos no campo das Ciências Naturais.

Pois bem. No caso ora em análise por esta Corte, entendo que, da forma como então destacada pelo eminente ministro **Cezar Peluso**, há de se proceder à relativização da coisa julgada formada ao cabo da primeira ação de investigação de paternidade ajuizada contra o ora recorrido, para permitir que se prossiga no julgamento da segunda demanda com esse fito contra ele proposta, para que, agora, com a ampla possibilidade de realização da prova técnica que assegura, com um grau de certeza que se pode qualificar de absoluto, obter-se uma comprovação cabal acerca da eventual relação paterno-filial, que se alega existir entre as partes.

Em julgamento ocorrido ainda sob a égide da Constituição revogada de 1967, admitiu a Primeira Turma desta Corte que assim se procedesse, em um determinado caso concreto, ressaltando-se que o princípio da intangibilidade da coisa julgada igualmente constava do rol de direitos e garantias fundamentais consagradas por aquela Carta. Sua ementa assim dispõe:

> Desapropriação. Terrenos da atual base aérea de Pernamerim, em Natal/RN. Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação. Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação, não obstante, em decisão anterior, já trânsita

em julgado, se haja definido o valor da indenização. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo acórdão, do art. 153, § 3º, da Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos. O aresto teve presentes fatos e circunstâncias especiais da causa a indicarem a injustiça da indenização, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei 4.686/1965, quando a primeira avaliaçao aconteceu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-Lei 3.365/1941, art. 26. Questão que não constitui objeto do recurso extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão trânsita em julgado, o percentual de 6% a.a., Não caberia, no acórdão recorrido, estipuilar seu cálculo a base de 12% a.a. A incidência do percentual de 6% a.a. Dar-se-á, a partir da ocupação do imóvel. Nesse ponto, o acórdão ofendeu o art. 153, § 3º, da Lei Maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, a vista da primitiva avaliação, não vulnera o art. 153, ,§ 3º, da Carta Magna, o acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em determinado nova avaliação do imóvel expropriado. Conhecimento, apenas, em parte, do recurso extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento. [RE 105.012/RN, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 1º-7-1988.]

Interessantes considerações sobre o tema também foram feitas quando do julgamento do RE 111.787 (*DJ* de 13-9-1991), pela Segunda Turma desta Corte, partes delas, aliás, já transcritas nos autos, quando de seu processamento em primeiro grau, mas que merecem complemento.

O relator designado para o acórdão, o eminente ministro **Marco Aurélio**, assim se manifestou:

Senhor presidente, no caso dos autos, eu poderia dizer que já temos três "lamentos": o "lamento" lançado pelo nobre ministro relator perante o Superior Tribunal de Justiça, quando foi julgado o especial; o "lamento" consignado no parecer do Ministério Público Federal, e, agora, há pouco, o "lamento" também referido por V. Exa. ao prolatar o voto.

Aprendi, senhor presidente, como juiz, desde cedo, que toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a solução mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a conclusão a que chegou inicialmente. Encontrando esse apoio, como quer o direito, torna translúcido o direito no provimento judicial. Não encontrando, aí sim, lamenta e conclui de forma diametralmente oposta à solução idealizada.

O que temos no caso dos autos? Temos uma situação verdadeiramente teratológica; temos um provimento que se diz que é um provimento e, ao mesmo tempo, se nega essa natureza a ele; temos um provimento que repousa na premissa segundo a qual reflete a justa indenização de que cogita o art. 153, § 22, da Carta anterior e, ao mesmo tempo, potencializa-se parte desse provimento para esvaziar-se por completo essa indenização. E por que assim se fez? Porque, simplesmente, diz-se que houve julgamento de embargos declaratórios e a justa indenização a que foi condenada a recorrida passou a estar sujeita ao fator tempo, passou a variar, quanto ao conteúdo econômico, de acordo com a tramitação do próprio processo e a demora dessa tramitação.

> Indaga-se: o que está sendo, na hipótese, descumprido, senão a coisa julgada, no que decidiu realmente a lide, ou seja, concluiu pelo direito à verba indenizatória mais justa possível, como quer a Constituição Federal?

No mesmo julgamento, assim se manifestou o ministro **Carlos Velloso**, depois de citar lição de doutrina acerca da interpretação sistemática de princípios constitucionais:

> Do exposto, parece-nos razoável concluir, resumindo, que, em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última.
>
> Examinemos o caso dos autos.
>
> Aqui, dois princípios constitucionais estão em choque: o que estabelece o respeito à coisa julgada (art. 153, § 3º) e a garantia de respeito ao direito de propriedade, tal seja o da justiça da indenização em caso de desapropriação (art. 153, § 22).
>
> Qual dos dois haveria de prevalecer?
>
> (...)
>
> Respondo, agora, à indagação suso formulada.
>
> Há de prevalecer, no choque entre os dois princípios, aquele que, de forma imediata, é garantidor do direito consagrado na Constituição e que, se não prevalecesse, tornaria letra morta a liberdade pública.
>
> Por outro lado, acentue-se o outro princípio em debate. O do art. 153, § 3º – que é uma garantia da segurança dos direitos subjetivos em geral – se prevalecesse, na hipótese, agiria de modo contrário à sua finalidade: impediria a efetivação do respeito a um direito individual, a uma liberdade pública.
>
> Importa, destarte, construir, na espécie, para fazer valer o conteúdo teleológico ou finalístico da norma constitucional vista de forma sistematizada.
>
> (...)
>
> Tem-se, no caso, hipótese igual.
>
> De um lado, uma sentença, passada em julgado, assim coisa julgada, a estabelecer uma "situação teratológica", a consagrar confisco; de outro lado, o princípio constitucional que estabelece a justa indenização por expropriamento de bem alheio. Há, pois, conflito entre dois princípios constitucionais. Qual dos dois deve prevalecer? Há de prevalecer, não tenho dúvida, aquele que, de forma imediata, garante o direito que a Constituição consagra e que, se não prevalecesse, tornaria inócua a liberdade pública. Prevalece, então, o princípio da justa indenização, certo que, se prevalecesse o princípio do respeito à coisa julgada, que é uma garantia da segurança dos direitos subjetivos em geral, estaria ele agindo de modo contrário à sua finalidade (...).

No âmbito de nossos tribunais regionais e mesmo do Superior Tribunal de Justiça, a matéria não é nova, podendo ser encontrados inúmeros precedentes proferidos em casos similares, defendendo a relativização da coisa julgada, tal como ora proponho que se faça, neste caso.

Creio ser conveniente transcrever esses arestos, a despeito de esta Corte não se influenciar por decisões de órgãos que a ela se submetem ao crivo técnico-jurídico, pois eles demonstram o quanto se alastra o problema ora apreciado pelos juízos e tribunais do País. Essa circunstância faz com que se reforce a

convicção de que o STF deve exercer sua função de uniformizar a interpretação do direito federal em conformidade à Constituição.

Assim, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, podem ser citados os seguintes prejulgados, proferidos em casos similares ao presente:

> Tendo sido proposta ação de investigação de paternidade antes da entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei 9.943/98, que tornou acessível a todos o exame de DNA e tendo sido esta julgada improcedente por insuficiência de provas, não se pode impedir sua repropositura sob o fundamento de contra ela existir o manto da coisa julgada, uma vez que nenhuma regra processual pode ou deve impedir um filho de saber quem é seu pai. [Apelação 242.534-4/7 da 1ª Câmara de Direito Privado, relator o desembargador Laerte Nordi, j. 20-8-2002.]

> *Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança – Preliminares de coisa julgada, prescrição, decadência e falta de interesse de agir – Rejeição – Ação que envolve direito personalíssimo e imprescritível – Aplicação da teoria da flexibilização ou relativização da coisa julgada – Possibilidade de propositura de nova ação. Decisão mantida. Recurso improvido.* [Agravo de Instrumento 445.862-4/3-00 da 2ª Câmara de Direito Privado, relator o desembargador Neves Amorim, j. 13-10-2009.]

> Investigação de paternidade – Preliminar de extinção – Coisa julgada – Indeferimento – Em ações que envolvam direito personalíssimo, que são regidas pela regra *rebus sic stantibus*, a coisa julgada deve ser mitigada – A época da ação anterior, sequer existia a possibilidade de realização do exame de DNA – Decisão mantida – Recurso improvido. [Agravo de Instrumento 606.866.4/4-00 da 8ª Câmara de Direito Privado, relator o desembargador Joaquim Garcia, j. 17-6-2009.]

> *Agravo de instrumento* – Investigação de paternidade – Demanda anterior julgada improcedente, por ausência de provas, embora tenha reconhecido, expressamente, que a prova pericial realizada na época não havia excluído a paternidade – Propositura de nova ação – Decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da coisa julgada – Inconformismo – Relativização da coisa julgada em matéria de paternidade, posto ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso. [Agravo de Instrumento 578.433.4/1 da 9ª Câmara de Direito Privado, relator o desembargador Viviani Nicolau, j. 30-9-2008.]

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhem-se os seguintes precedentes:

> *Investigação de paternidade. Coisa julgada. Ação anteriormente julgada improcedente. Inocorrência.* 1. Mesmo que tenha sido proposta anteriormente outra ação investigatória, que foi julgada improcedente por falta de provas, pois, na época, ainda não havia o exame de DNA, constitui entendimento jurisprudencial pacífico no STJ que se trata de direito personalíssimo e que, em tal hipótese, a coisa julgada deve ser relativizada. 2. Mesmo acatando a orientação jurisprudencial dominante, tenho que a relativização da coisa julgada deve ser admitida sempre com reserva, com a máxima cautela, sob pena de se correr o risco de banalizar o instituto, gerando mais injustiça, insegurança e intranquilidade social. Recurso

desprovido. [Agravo de Instrumento 70029078813 da 7ª Câmara Cível, relator o desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30-9-2009.]

Apelação cível. Investigação de paternidade c/c alimentos. Ação anterior com o mesmo objeto julgada improcedente por falta de provas não faz coisa julgada. Exame de DNA concluindo pela paternidade.

(...)

A improcedência de ação anterior de investigação de paternidade, não torna definitiva a inexistência da relação parental, não se confundindo com declaração de inexistência da própria relação de filiação, não opondo óbice à propositura de nova ação, não caracterizando e afrontando coisa julgada. Exame de DNA concluindo pela paternidade, ensejando fixação de alimentos em favor da menor investigante, em atenção ao binômio necessidade-possibilidade (...) *Negado provimento ao agravo retido e à apelação* [Apelação Cível 70027403039 da 7ª Câmara Cível, relator o desembargador André Luiz Planella Villarinho, j. 8-7-2009.]

Agravo de instrumento. Sucessões. Ação de investigação de paternidade. Decisão agravada que rejeitou a preliminar de coisa julgada, autorizando a realização de exame de DNA. Existência de demanda investigatória intentada anteriormente pelo agravado, julgada improcedente. Inexistência da prova pericial pelo método DNA, na época do ajuizamento da primeira demanda. Possibilidade de realização da aludida prova, diante da preponderância do interesse social em investigar a verdade sobre o estado civil da pessoa. Caso excepcional, em que não há coisa julgada material, em vista de que não foi produzida de modo cabal a prova necessária ao descobrimento da realidade em anterior demanda judicial, de modo a permitir que a verdade venha à luz. Decisão agravada que, ademais, não atenta contra a coisa julgada, por não autorizar a repetição de prova já produzida em processo anterior, mas a realização de prova que não foi produzida para o esclarecimento da verdade. Recurso desprovido, por maioria. [Agravo de Instrumento 70022453955 da 7ª Câmara Cível, relator o desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 14-5-2008.]

No Superior Tribunal de Justiça, conquanto exista divergência a respeito do tema, a corrente que entende ser possível uma tal tomada de posição participou da prolação de importantes decisões sobre o assunto, merecendo, algumas delas, serem aqui destacadas:

Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade,

senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. [REsp 226.436/PR, da Quarta Turma, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 4-2-2002.]

Direito processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Inépcia da inicial. Ausência de mandato e inexistência de atos. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos. Negativa de prestação jurisdicional. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça (...). [REsp 826.698/MS, da Terceira Turma, rel. min. Nancy Andrighi, *DJE* de 23-5-2008.]

Processo civil. Investigação de paternidade. Propositura de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente pelo não comparecimento da representante legal do investigando à audiência de instrução. Confissão. Coisa julgada. Afastamento. Direito indisponível. I – Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido. [REsp 427.117/MS, Terceira Turma, rel. min. Castro Filho, *DJ* de 16-2-2004.]

Direito civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido. Na fase atual da evolução do direito de familia, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da Justiça. O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana. [REsp 4.987/RJ, da Quarta Turma, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 28-10-1991.]

De sua fundamentação, dada a pertinência ao enriquecimento do debate que aqui ora se trava, extrai-se o seguinte trecho:

A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.

A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orozimbo Nonato, na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.

Muitas manifestações teóricas já foram expendidas sobre a relativização da coisa julgada, a auxiliar na fundamentação da posição ora salientada, merecendo transcrição algumas delas, para o aprofundamento deste debate.

Discorrendo sobre o tema, **Humberto Theodoro Jr**., em prefácio escrito para a obra *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização (São Paulo: RT, 2003) assevera que:

> [e]m passado recente, a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade, como, entre muitos, registrava José Luiz Vazquez Sotelo. Escassos, pois, eram, aqui e alhures, ensaios que se voltavam, por exemplo, para o problema da desconformidade de uma sentença transitada em julgado e a Constituição. E o que prevalecia, mesmo no transcendente domínio da ordem constitucional, era o critério de somente contemporizar com o rompimento da *res iudicata* nos acanhados limites da ação rescisória. Dessa maneira, até mesmo as ofensas à Lei Maior, quando cometidas pela sentença contra a qual não se pudesse manejar a rescisória, tornar-se-iam perenes e irrecorríveis, mercê da intransponibilidade da barreira criada pela coisa julgada. Ergueram-se, no entanto, vozes de inconformismo no seio da doutrina constitucional contra esse exagero de "santificação" de um fenômeno que haveria de conduzir a sentença a um nível de autoridade superior ao da própria Constituição (...) A tese que vem ganhando corpo é a de que o fenômeno da inconstitucionalidade se reduz a uma relação de validade: se o ato de poder – qualquer que seja ele – é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale.

Segue o autor, agora no artigo "Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização" publicado na obra *Coisa julgada inconstitucional* (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 163-164):

> O princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da supremacia da Constituição;
>
> A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;
>
> Reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;
>
> Pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;
>
> Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

Renan Lotufo, em artigo publicado na obra *Coisa julgada inconstitucional* (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008), sob o título "Flexibilização da coisa julgada", oferece, sobre o tema, as seguintes considerações:

> A coisa julgada apresenta peculiaridades consoantes à matéria questionada no processo de onde resulta a decisão judicial a ser por ela afetada. As técnicas empregadas pelo sistema processual no sentido de serem protegidos direitos mais relevantes por sua função social, como aqueles do consumidor, do meio ambiente e da livre concorrência, possibilitam a formação de coisa julgada segundo o resultado

> do processo. O mesmo sucede quando o litígio envolve o princípio da moralidade pública, como ocorre na ação popular. Em tais situações o resultado do processo desfavorável a direitos relevantes quando resultante de deficiência probatória, seja por incúria dos representantes técnicos dos titulares desses direitos ou mesmo sem responsabilidade destes, não se forma a coisa julgada material, possibilitando-se a repropositura da mesma ação. [p. 209.]

Aduz, a seguir, que

> [a] convivência de decisões judiciais imutáveis, mas injustas, porque esgotados os instrumentos para sua alteração, e em conflito com os princípios fundamentais informadores do sistema, em que elas se engastam, é uma questão que, de há muito, desafia os juristas, sem que a respeito tenha se chegado a soluções insuscetíveis de críticas. [p. 218.]

citando, como possível fonte geradora desse efeito, decisão anterior injusta, em razão da evolução da técnica, em se tratando de meio de prova, ressaltando, à guisa de conclusão, o sempre lembrado ensinamento, quando se trata deste tema, de **Cândido Rangel Dinamarco**, para quem "a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios".

A despeito de guardar reservas quanto à questão da ponderação de princípios, por seus méritos quanto à colocação do problema, cito obra de **Eduardo Talamini**:

> Na ação declaratória de filiação, normalmente a dignidade humana será essencialmente prestigiada com a identificação precisa do pai ou mãe biológico ("o direito personalíssimo ao conhecimento de suas origens", de que falam os civilistas).
>
> (...)
>
> Todavia, não se deve descartar a ocorrência de casos em que vínculos de *filiação afetiva* ou outros equivalentes, de consolidação de situações familiares, tenham se estabelecido de tal modo que desaconselhem qualquer reabertura da discussão. Em caso como esse, segurança jurídica e dignidade humana pesarão de um mesmo lado da balança.
>
> (....)
>
> Assim, não é difícil perceber o grande risco que se corre, em matéria de coisa julgada nas sentenças sobra filiação, de incidir em uma abordagem meramente retórica e vazia, despida de verdadeiro conteúdo axiológico, uma argumentação amparada em "fundamentos óbvios". Quando se passa a afirmar genericamente que a "dignidade humana" impõe, sempre e em qualquer caso, a desconsideração da coisa julgada nas sentenças sobre filiação; quando se passa a sustentar que por se tratar de um "direito absoluto e indisponível" sempre se poderá rever a sentença já proferida; enfim, quando de antemão já se estabelece qual é o resultado da suposta "ponderação de valores" pretendida, não se está, a rigor, preconizando a aplicação de juízo de ponderação nenhum.
>
> (...)
>
> Ao contrário do que muitas vezes se imagina, as preocupações e disputas que passaram a existir em torno da coisa julgada e dos demais institutos processuais na investigação de paternidade não derivam apenas do surgimento de novos meios técnicos de investigação (exame de DNA etc), mas sobretudo, da alteração do direito material constitucional: com a equiparação absoluta entre filhos havidos

dentro ou fora do casamento, ligados por laços biológicos ou afetivos, definitivamente se eliminaram os obstáculos à investigação da filiação. As inovações científicas seriam em grande parte inúteis ou irrelevantes, se o direito material não tivesse mudado.

Mas o direito material mudou não para estabelecer simplesmente alguma primazia da filiação biológica; não para consagrar como fundamental a "verdade biológica". Alterou-se – reitere-se – para consagrar um tratamento na medida do possível não discriminatório a qualquer filho. Isso também significa, necessariamente, o prestígio constitucional da filiação afetiva – reconhecido por autorizada doutrina.

(...)

É certo que a coisa julgada não transforma o falso em verdade, não faz do negro branco, nem do quadrado redondo. Ela não é verdade, não substitui a verdade e nem pretende ter o valor da verdade: trata-se de mero mecanismo pragmático que apenas impede uma nova discussão. Portanto, nas situações em que a busca da verdade assume concretamente um valor fundamental, como é o caso do direito ao conhecimento da própria identidade e origem, a coisa julgada a pouco se presta. Mas também é igualmente certo que um comando judicial não irá por si só estabelecer um laço de afeição paterno-filial até então inexistente (sobretudo nos mais acirrados litígios, entre os quais normalmente se incluem aqueles em que se chega ao ponto de cogitar de reabertura da discussão depois da coisa julgada). [*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 588-592.]

Mais adiante, em contribuição extraída do direito comparado, aponta o doutrinador possível solução legislativa que, *de lege ferenda*, poderia ser introduzida em nosso ordenamento jurídico:

O direito positivo alemão atualmente contempla hipótese especial de revisão da coisa julgada que foi instituída tendo em vista as mesmas preocupações que inspiraram o projeto de lei ora examinado. Limita-se às ações de filiação. No entanto, o legislador alemão evitou vincular o cabimento da revisão a um único e específico meio de prova. É a *ação de restituição* delineada nas regras do § 641 i da ZPO:

(1) A ação de restituição contra uma sentença transitada em julgado que se tenha pronunciado sobre a paternidade é cabível, além de nos casos do § 580 [que trata das hipóteses gerais de revisão da sentença revestida de coisa julgada], se a parte apresenta um novo dado sobre a paternidade que, por si só ou unido às provas realizadas no processo anterior, teria proporcionado um pronunciamento diferente. [Op. cit., p. 653-654.]

Belmiro Pedro Welter (*Coisa julgada na investigação de paternidade*. São Paulo: Síntese, 2000), assevera que:

[s]omente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial, especialmente exame genético DNA, e depoimento pessoal [p. 113],

bem como que:

[n]ão faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por insuficiência de provas da paternidade biológica. [p. 121.]

Assim, sempre segundo o raciocínio levado a efeito pelo referido escritor, se a decisão anterior tomar por fundamento a insuficiência da prova coligida aos autos, para permitir a prolação de decreto de procedência da ação, tem-se que não se afirmou não ser o réu pai do autor e, a rigor, a demanda deveria ter sido extinta, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, dada a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, porque se mostrou impossível a formação de um juízo de certeza sobre o fato. Sentença meramente terminativa, portanto, a possibilitar a repropositura da ação, para, com a realização de prova técnica mais conclusiva, vale dizer, exame de DNA, emitir-se um juízo de certeza sobre a suposta relação de paternidade objeto do processo.

É por isso que parece correto afirmar que, quando a demanda anterior foi julgada improcedente, por falta de provas quanto à realidade do vínculo paterno-filial que se pretendia ver reconhecido, a verdade biológica não foi alcançada e, por isso, nova demanda pode ser intentada, para que, com o auxílio de provas técnicas de alta precisão, tal verdade possa, enfim, ser estabelecida, em respeito à dignidade da pessoa humana desse ser que não tem tal vínculo determinado, em sua certidão de nascimento, direito personalíssimo esse cujo exercício nossa vigente Magna Carta lhe assegura, de forma incondicionada.

E tudo como corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanação natural do estado da pessoa.

Para uma adequada delimitação do conceito de "estado da pessoa", vale citar **Caio Mário da Silva Pereira** (*Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006), que assevera ser essa a "condição individual na sociedade", acrescentando, firme na lição de Planiol, que

> "[t]odo indivíduo é titular de um complexo de qualidades que lhe são particulares e que integram a sua personalidade, dando nascimento a uma situação jurídica" (...) São atributos que fixam a condição do indivíduo na sociedade, e se por um lado constituem fonte de direitos e de obrigações, por outro lado fornecem os característicos personativos, pelos quais se identifica a pessoa, ou, como diria Savatier, fornecem a "classificação que a sociedade faz do indivíduo"
>
> (...)
>
> Ao Direito Civil interessa grandemente o estado de família, e, deste, de modo particular, o estado de filiação, que pode decorrer de um fato, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção.
>
> Do ponto de vista restrito em que nos colocamos, definiu-o a Corte de Cassação Francesa, em aresto de 1838, registrado por *Dalloz* e adotado por *Laurent*, *in verbis*: "O estado consiste nas relações que a natureza e a lei civil estabelecem, independentemente da vontade das partes, entre um indivíduo e aqueles de quem recebe o nascimento". (...)
>
> O estado, pois, constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade. Realidade tão objetiva, que se lhe prendem atributos peculiares aos bens incorpóreos (...) [p. 217-8.]

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que tanto o princípio da intangibilidade das decisões judiciais transitadas em julgado não é absoluto, que uma norma dispondo de modo contrário foi recentemente introduzida no ordenamento processual civil pátrio.

Cuida-se do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.232/2005, que dispõe expressamente que, em embargos à execução contra a Fazenda Pública, admite-se a arguição da inexigibilidade do título.

E tal inexigibilidade pode decorrer do fato de a execução estar lastreada em título fundado em lei ou ato normativo que vieram a ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, se estiver fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tida por esta Suprema Corte como incompatíveis com a Constituição Federal.

No presente caso, conquanto não se cuide de hipótese de embargos à execução contra a Fazenda Pública, dá-se a ocorrência de situação em que a decisão recorrida está baseada em interpretação conjunta de normas constitucionais, efetuada de uma maneira que deve ser considerada incompatível com a Magna Carta, merecendo prosperar a insurgência deduzida pelos recorrentes.

Por essas razões, a decisão recorrida, ao optar pela prevalência do princípio da intangibilidade da coisa julgada, ofuscou um direito fundamental do autor da ação, de tentar ver reconhecida sua origem genética, ressentindo-se, nesse particular, daquilo que a doutrina convencionou denominar de inconstitucionalidade material, na medida em que contrariou conteúdo normativo de nossa vigente Constituição Federal.

Bem por isso, deve ser afastada, para que se permita, no presente caso, a relativização da coisa julgada a que se referiu, ao julgar extinta a demanda, sem apreciação de mérito.

Não se mostra ocioso, neste ponto de nossas considerações sobre o tema, destacar nosso entendimento concordante com a mais autorizada teoria jurídica editada sobre o tema e já dantes referida, no sentido de que a busca da verdade biológica, como algo de transcendental importância, pode não ser a solução mais adequada, em determinados casos concretos.

Relações familiares assim próximas, como as que unem pais e filhos, ao menos de forma amistosa, não se estabelecem por decisão judicial, pois aquele que jamais aceitou sequer discutir a possibilidade de ser pai de uma pessoa para cuja geração colaborou, ainda que de maneira involuntária, possivelmente jamais irá aceitá-lo e tratá-lo como filho, da forma como seria desejável.

Por outro lado, relações baseadas em caracteres não biológicos, porque dotadas de conteúdo humano e afetivo, devem ser, via de regra, respeitadas e prestigiadas. Hão de se enaltecer laços que já se firmaram entre seres que se amam e se respeitam, ainda que não exista liame biológico a vinculá-los.

No caso ora em análise, porém, a situação é diversa, pois não há relação dessa natureza em disputa e porque o autor da demanda, desde há muitos anos, busca o reconhecimento do vínculo biológico que o une a seu suposto genitor, ou, pelo menos, visa a obter uma resposta cabal da Justiça, no sentido de que esse vínculo inexiste, com relação àquele homem que sua mãe desde sempre lhe disse ser seu pai, na estrita acepção biológica desse termo, já que as atitudes por ele tomadas ao longo do trâmite destes processos permitem concluir que esse papel, de forma voluntária e sob o ponto de vista socioafetivo, ele talvez jamais assumirá.

Basta dizer, para exemplificá-lo, que o recorrido já deixou de comparecer, sem apresentar para tanto nenhuma justificativa plausível nestes autos, a pelo menos duas datas designadas pelo juízo de primeiro grau para a coleta de material para a realização do exame de DNA (fls. 108 e 200).

Reitera-se, uma vez mais, que o autor da presente ação, criança quando do ajuizamento da primeira demanda investigatória; adolescente, à época da propositura desta ação e já homem feito, ao tempo em que se realiza este julgamento em que se propõe a retomada de seu trâmite, obstado pelo acórdão recorrido, não obterá, ao cabo da demanda, senão uma resposta definitiva acerca de seu ancestral biológico paterno, com as possíveis consequências materiais que disso logicamente ainda podem defluir, decorridos, até agora, quase seis lustros desde seu nascimento.

E em isso vindo a acontecer, passados já tantos anos desde que a primitiva demanda com esse objetivo foi por ele proposta, nada mais estará sendo feito que não a consagração e o respeito, no caso concreto, do seu direito fundamental de acesso à informação genética, nada além disso.

Para tanto, mister a relativização da coisa julgada dantes referida, o que, no caso em tela, entende-se não apenas possível, como altamente recomendável, pelas razões já supra expostas e que pode ser efetuado, à semelhança do que esta Corte tem feito em casos similares, ainda que eu guarde reserva quanto a certos fundamentos ali utilizados.

A questão deixa de ser principiológica. Como tenho realçado ao longo deste voto, o direito de família, no estado-da-arte das ciências médicas, não pode se valer de avoengas presunções. Recorde-se da jovem **Helena**, de **Machado de Assis**. Se não há como impedir o reconhecimento, no plano da validade, de uma relação jurídica **existente** por efeito de um testamento, o que se dirá de semelhante efeito por uma sentença?

É o que ora se está propondo que se faça, para que possa prevalecer o tantas vezes já referido direito fundamental do autor da ação à *informação genética*, ressaltando-se, por oportuno, uma vez mais, que não se está tampouco valorando a eventual justiça ou injustiça da decisão proferida na origem, senão a adequação da jurisprudência ao estado atual da ciência jurídica sobre esse direito fundamental.

Antes de encerrar, gostaria de relembrar a tradição de vanguarda deste Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação das normas de direito de família, em ordem a se prestigiar direitos fundamentais das pessoas envolvidas e com a busca da origem biológica de um ser gerado por pessoas que não estavam

à época de sua concepção unidas pelos laços do matrimônio, ou mesmo coabitando, ainda que de forma eventual, ou clandestina.

Exemplificando, trago à colação alguns julgamentos, memoráveis a seu tempo, que significaram representativo avanço da jurisprudência que então vigia sobre o tema e que tiveram por consequência, até mesmo a mudança de leis que, retrógradas, impediam a revelação da verdade biológica, em muitas relações familiares.

Refiro-me, por exemplo, ao que aconteceu logo depois da edição do Decreto-Lei 4.737/1942, que veio a permitir o reconhecimento de filhos adulterinos, de forma voluntária, ou através de demanda judicial, depois do desquite do genitor casado.

Ora, como com a morte do cônjuge desse genitor, também ocorria o término de sua sociedade conjugal, passou-se a defender a possibilidade de que, igualmente em tal hipótese, pudesse ocorrer o reconhecimento.

Intenso foi o debate doutrinário que permeou a controvérsia e tímidas decisões judiciais passaram a acolher tal possibilidade, as quais encontraram eco em diversos pronunciamentos de eminentes membros desta Corte, conforme minuciosa análise apresentada por **Arnoldo Medeiros da Fonseca**, em sua obra *Investigação de paternidade* (3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 284-294), na qual são citadas decisões, nesse sentido, da lavra dos saudosos ministros **Castro Nunes**, **Barros Barreto** e **Orozimbo Nonato**.

Passados alguns anos, tal controvérsia restou superada pela edição da Lei 883/1949, que veio a permitir o reconhecimento em questão, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, tal como o admitiam valorosos posicionamentos de ilustres membros desta Corte.

O mesmo fenômeno ocorreu em meados dos anos sessenta do século passado, quando este Tribunal passou a admitir que filhos adulterinos *a matre* intentassem demandas investigatórias, mesmo sem prévia contestação da paternidade por parte do marido da mãe, o que foi feito com fundamento na comprovada separação de fato do casal, ao tempo da concepção.

Representativo dessa tendência jurisprudencial é o RE 51.269/RS, em que o relator, ministro **Hermes Lima**, assevera que deveria ser considerada relativa a presunção de paternidade legalmente estabelecida pelo Código Civil então em vigor, quando houvesse comprovada separação de fato do casal, à época da concepção.

De sua fundamentação, destaquem-se os seguintes excertos:

> Levar a presunção legal a ponto de atribuir ao cônjuge varão, afastado ou distante da mulher, sem convivência de espécie alguma com ela, a paternidade desse filho, constitui absurdo que nem a lei nem o princípio da defesa da família autorizam (...). O princípio *pater is est* está fincado na tradição social e jurídica. Ele significa que o filho nascido na constância do casamento se reputa do marido (...). O princípio *pater is est* não pode sobrepor-se a qualquer situação de fato, sob pena de converter-se numa regra de atroz rigorismo. Sua sobrevivência impõe que o interpretemos e apliquemos no interesse da manutenção da unidade e dignidade

> familiar. Onde essa unidade desaparecer, retirando dos cônjuges a responsabilidade pessoal e moral pela condução dos costumes e normas sociais ligadas ao casamento, há que examinar se o velho princípio tem aplicação inteligente. [*DJ* de 7-11-1963.]

No mesmo sentido, posiciona-se a decisão proferida pelo Pleno desta Corte, nos autos do RE 54.891/RN, relatado pelo ministro **Victor Nunes Leal**, cuja ementa assim dispõe:

> *1) Em princípio, não se admite a investigação de paternidade do filho adulterino "a matre" sem a ação negatoria do "pater est" (CC, art. 334). 2) A jurisprudência tem abrandado essa exigência, quando o pai presumido contesta a paternidade por forma diversa da ação negatória, ou quando a efetiva separação do casal, ao tempo da concepção, exclui a presunção da paternidade legal. 3) Havendo negatória, é dispensável a prévia dissolução da sociedade conjugal para a investigação da paternidade (Lei 883/1949, art. 1). 4) Deve também ser dispensada, quando por outra forma, o pai presumido contesta a paternidade. 5) Também atende aos objetivos da lei a dissolução da sociedade conjugal no curso da ação de investigação.* [*DJ* de 22-12-1964.]

Discorrendo sobre tal tendência jurisprudencial desta Suprema Corte, verdadeiramente revolucionária e que veio a antecipar, em muitos anos, a evolução legislativa a respeito do tema ora em debate, obtemperou **Luiz Edson Fachin** (*Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992):

> Como se depreende, o Supremo abre a via da investigação diante de uma situação para a qual a lei fechava as portas. O Código não permite por essa via a descoberta da verdadeira paternidade, pois, isso podia afetar a concepção de família que se pôs a proteger. Esse óbice foi desconsiderado pela jurisprudência, porque esta elegeu como prioritária a procura da verdadeira paternidade.
>
> A abertura desse caminho pelo Supremo Tribunal tomou em conta a improbabilidade de ser o marido pai dos filhos da mulher casada, quando existente separação de fato entre os cônjuges. Sendo inverossímil a paternidade do marido da mãe, e o era diante daquela circunstância, a jurisprudência se pôs em busca do pai verdadeiro.
>
> (...)
>
> Da descrição dos acórdãos feita anteriormente, emerge a constatação de que, de fato, a jurisprudência (inclusive e especialmente no STF), à margem do Código Civil, construiu um critério diverso para alcançar os efeitos que, pelo sistema codificado, somente seriam atingidos pela contestação de paternidade. Essa construção mostra que o Supremo Tribunal optou por não se manter aderente ao sistema para evitar o estabelecimento de paternidade flagrantemente improvável. Nessa opção, a lógica dos fatos se impôs contra os obstáculos formais do Código Civil e os resultados alcançados pelo Supremo não se abrigam no sistema originário do Código Civil.
>
> Pelo Código Civil brasileiro, como vimos, somente se afasta a presunção *pater is est* por ação privativa do marido da mulher casada e com base em motivos que a lei expressamente indica.
>
> Assim, se não for contestada a paternidade nesses termos, prevaleceria sempre a paternidade do marido da mãe, ainda que fosse terceiro o pai biológico do filho da mulher casada. Trata-se de um sistema que imprime notável força à presunção *pater is est*.

> Pela jurisprudência, houve sensível e razoável abrandamento da força dessa presunção, diante de determinados casos concretos, em que as circunstâncias evidenciavam claramente que o marido da mãe não podia ser o pai da criança.
>
> (...)
>
> Em tudo isso o que se nota é a preocupação de estar o mais próximo possível da verdade da filiação.
>
> Enquanto o Código Civil brasileiro se postou na defesa da família matrimonializada e da autoridade do marido, a jurisprudência abriu as portas da investigação e do reconhecimento para encontrar a verdadeira paternidade.
>
> (...)
>
> Tais julgamentos contribuíram para obstar o estabelecimento de ainda maior número de paternidades fictícias e foram, progressivamente, consagrando o abrigo do filho havido fora do casamento, cuja discriminação, pelo fato de sua origem, sempre mereceu ser repudiada.
>
> Fez-se valer a lição de que as soluções judiciais devem se revelar moralmente aceitáveis.
>
> (...)
>
> É necessário, por fim, reconhecer que, diversamente do sistema do Código, a estrutura que se extrai da jurisprudência representa em matéria de filiação um crescente, embora assistemático, compromisso com a verdade e não com a ficção, e é precisamente aí que reside seu maior mérito, digno de favorável apreciação. [p. 121-147.]

Creio que se faz chegado o momento, senhores ministros, no qual é necessário continuar a enveredar por esse caminho, que de há muito vem sendo trilhado por esta Suprema Corte, no sentido de permitir, em matéria de direito de filiação, que a verdade sobre a origem biológica seja investigada e que uma resposta calcada em critérios técnicos de quase absoluta veracidade seja proferida pela Justiça.

Para tanto, é imperativo que a jurisprudência desta Corte, uma vez mais, avance, da forma como vem sendo feita ao longo dos anos, para permitir a relativização da coisa julgada ora proposta, o que certamente influirá no sentido de que o Poder Legislativo da nação também avance nesse sentido, editando norma legal expressa a prever que, em hipóteses como essa descrita nestes autos, não se estabeleça coisa julgada em ações investigatórias de paternidade cujo veredicto decorreu de uma deficiente e inconclusiva instrução probatória.

Aliás, quanto a tal aspecto, pode ser mencionada a existência de duas proposições legislativas que tramitaram, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre o tema ora em debate.

Trata-se do Projeto de Lei do Senado 116/2001, de autoria do senador Valmir Amaral, que tinha por objeto acrescentar ao art. 8º da Lei 8.560/1992 um parágrafo único, com a seguinte redação: "A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada."

Já no âmbito da Câmara dos Deputados, tramitou o Projeto de Lei 6.960/2002, do deputado Ricardo Fiúza, que pretendia introduzir inúmeras alterações em diversos artigos do Código Civil e propunha, no que interessa para a hipótese ora em análise, que se acrescentasse um novo parágrafo ao art. 1.606, a dispor que "não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade

decididas sem a realização do exame do DNA, ressalvada a hipótese do § 4º art. 1.601" (o qual cuida da injustificada recusa a submeter-se ao exame e que acarretaria a presunção da existência da relação de filiação).

Nenhuma delas, contudo, obteve êxito, situação essa que, certamente seria diferente, se houvesse precedentes desta Casa, apontando para a adequação do quanto contido nessas proposituras.

E é nesse sentido que se coloca o STF em posição de *deliberação colaborativa* com o Parlamento, sem ofuscá-lo e sem desconsiderar a soberania da vontade do povo.

Penso que, de tudo quanto foi exposto até aqui, emerge a conclusão de que não se pode tolher o direito do autor da ação de perseguir a busca de sua verdadeira identidade genética, consubstanciada, no presente caso, pela determinação de seu ancestral masculino, muito embora esse ato, infelizmente para ele, possa ser vazio de consequências quanto à busca de um pai, na verdadeira acepção da palavra, mas apenas represente o preenchimento de uma lacuna existente em sua certidão de nascimento.

Reitero, ainda uma vez, que a denominada "verdade do sangue" não deve ser dotada de um caráter absoluto, a ser utilizada como resposta pronta e acabada para todos os litígios acerca de assunto tão delicado como esse aqui em debate, transcrevendo, nesse particular, a advertência feita por **Márcio Antonio Boscaro**, em sua tese sobre o tema, ao asseverar que

> [e]m matéria de direito de filiação, nem sempre a busca e a revelação da verdade podem representar o melhor caminho a seguir, pois não se pode deixar de levar em consideração, quando se trata desse ramo do direito, a advertência feita por Gérard Cornu, um dos principais doutrinadores franceses sobre o tema, no sentido de que o direito de filiação não é apenas um direito da verdade, mas, também, e principalmente, da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, da ordem estabelecida e, ainda, do tempo que passa. [*Direito de filiação*. São Paulo: RT, 2002. p. 192.]

Mas reafirmo que, no presente caso, no qual o recorrente já é homem feito, e ainda ignora a verdade acerca de sua origem genética, permitir-lhe que dê cabo dessa busca é a melhor e mais justa posição a ser assumida.

Exige-se, portanto, a tomada de uma posição firme desta Corte, no sentido de relativizar-se a coisa julgada estabelecida ao fim de anterior ação análoga por ele ajuizada contra o recorrido e que foi julgada improcedente por absoluta falta de provas, eis que inviabilizada a produção daquela que poderia conferir foros de absoluta certeza quanto ao vínculo biológico que se procurava estabelecer entre as partes.

Da mesma forma que não se pode mais tolerar a prevalência, em relações familiares envolvendo o vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado na absoluta presunção que decorria do vetusto brocardo *pater is est,* tampouco compactua o sistema vigente entre nós com a negativa de resposta a demandas acerca da origem biológica do ser humano, tendo por fundamento a ausência de realização de prova técnica que permita a prolação de um juízo

de certeza sobre a existência de uma tal relação, objeto esse que se constitui no cerne da controvérsia em disputa na presente demanda.

O que se está a fazer, neste caso, é dar ênfase ao *direito fundamental à informação genética*, que já foi examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no famoso caso da "informação sobre a paternidade" (*Vaterschaftsauskunft*), conforme se extrai de BVerfGe 96, 56, decisão do Primeiro Senado de 6-5-1997, embora sem reconhecer de modo expresso essa prerrogativa. Naquele julgamento o TCF, ficou a meio caminho entre a ideia de *Vaterschaftsauskunft* e a proteção da intimidade dos genitores.

Temos aqui a oportunidade de ir além e tomar posição explícita em favor desse direito fundamental. E, nesse sentido, não é necessário fazer grandes volteios retóricos. Trata-se de pura e simplesmente reconhecer que houve evolução nos meios de prova e que a defesa do acesso à "informação sobre a paternidade" deve ser protegida porque se insere no conceito de direito da personalidade.

No Brasil, ter-se-á a oportunidade, agora em face do óbice da coisa julgada, de se enfatizar esse direito fundamental.

E, de outro lado, é esta também a oportunidade de se reafirmar a posição de centralidade do direito civil, por efeito de sua autonomia principiológica, na condição de província jurídica tutelar dos aspectos essenciais da personalidade.

Encerro, fazendo menção ao fato de que **Arnoldo Medeiros da Fonseca**, ao concluir sua obra sobre investigação de paternidade, já alertava para o necessário progresso que esse tipo de demanda estava a recomendar. O brilhantismo de suas lições, conquanto proferidas há mais de meio século, ainda ecoa atual, merecendo transcrição:

> Do estudo histórico, comparativo e doutrinário realizado, resulta que a nossa legislação civil, em matéria de investigação de paternidade ilegítima, não foge à tendência, só transitoriamente interrompida, e que se acentua no direito contemporâneo, para não fazer recair sobre os filhos extramatrimoniais as consequências da vida irregular dos seus genitores. Se é compreensível e justificável que procure a ordem jurídica, na defesa de interesses sociais relevantes, proteger e amparar a família legítima, reagindo contra a união livre, que assustadoramente se desenvolve, não é menos certo que tal resultado não deve ser conquistado à custa do sacrifício de direitos sagrados daqueles que não pediram para nascer.
>
> (...)
>
> Os pendores do nosso direito bem se acentuam na nova legislação trabalhista e no art. 126 da Carta Constitucional de 1937, que, infelizmente, não foi reproduzida na Constituição de 18 de setembro de 1946, o que, entretanto, não deve ser interpretado como mudança de orientação da legislação brasileira. Cumpre, pois, prosseguir e completar, com prudência e firmeza, essa benemérita tarefa de justiça social. [Op. cit., p. 507-508.]

Ante o exposto, pelo meu voto, senhor presidente, conheço dos recursos extraordinários e lhes dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, afastar o arguido óbice da coisa julgada e, por conseguinte, o decreto de extinção

do processo sem apreciação do mérito, para permitir o prosseguimento da ação de investigação de paternidade em tela, até seus ulteriores termos, tal como havia sido corretamente determinado pelo juízo de primeiro grau.

É como voto.

PROPOSTA

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Senhor presidente, inicialmente registro a excelência das sustentações e a fidedignidade aos fatos.

O resumo fático é simples: enquanto ele ainda era menor, a mãe do recorrente propôs uma ação de investigação de paternidade contra o ora recorrido. Essa ação não logrou sucesso em razão da discussão sobre a quem incumbiria arcar com o ônus do exame de DNA, que àquela época estava em seu início, ainda com custos maiores e não havia lei, como depois passou a existir, no Distrito Federal, determinando-se ao Estado o ônus de arcar com seu custeio para aqueles que fossem beneficiários da Justiça gratuita. O recorrente era beneficiário da Justiça gratuita e essa ação foi julgada improcedente.

Posteriormente, quando adolescente, e já havendo a lei, foi proposta nova ação à qual deu curso o juiz de primeira instância, saneando o processo e determinando a instrução. Contra o despacho saneador foi tirado o agravo, e do acórdão do agravo que foi terminativo, extinguindo o processo sem resolução do mérito por aplicar a coisa julgada, tirou-se o presente recurso extraordinário. Esse é o quadro fático – hoje o recorrente já é homem feito.

Senhor presidente, fiz distribuir o meu voto a Vossas Excelências, é um longo voto e vou procurar resumi-lo. Inicio com a matéria relativa à não exigibilidade da repercussão geral, mas vou acolher uma proposta feita *a latere* pelo ministro Gilmar Mendes, depois da distribuição agora há pouco do voto, de deliberar no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral no tema, mesmo sendo o recurso anterior à sua exigência. Então, como eu havia distribuído o voto com o item I no sentido da não exigibilidade, retifico esse item I para propor o reconhecimento da repercussão geral da matéria.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, se o ministro Toffoli me permite, esse tema do processo tem algumas peculiaridades. Porque, na verdade, não vai se tratar aqui de uma generalização dessa tese, uma vez que, no caso específico, tem como *causa petendi* aqui o fato de que à época a parte não podia pagar o exame. Depois, surge uma lei distrital permitindo que esse exame fosse feito gratuitamente.

E, em segundo lugar, só num segundo plano vai se discutir se é possível, ou não, diante da extinção terminativa do feito, pelo acolhimento da preliminar da coisa julgada, superar-se essa preliminar e rejulgar o mérito. De sorte que é uma

causa com tantas características próprias, que talvez não fosse a melhor hipótese de se dar repercussão geral a esse caso, porque ele é muito particular. Quer dizer, o grande anseio é a discussão genérica, aqui, basicamente há essas duas questões. A parte inclusive invoca a violação do artigo da Constituição com relação à gratuidade de Justiça.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Vossa Excelência se pronuncia pela inoportunidade ou inadequação do reconhecimento da repercussão geral em face das peculiaridades do caso.

O sr. ministro Luiz Fux: É. Acho que deveríamos aguardar um momento, porque até a composição aqui não recomenda.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas ele tem, senhor presidente, se Vossa Excelência me permite, repercussão geral sob o prisma jurídico e sob o prisma social, evidente. Por que não vamos admitir a repercussão geral?

O sr. ministro Luiz Fux: Vossa Excelência me permite? Eu só queria sopesar que o tema é de grande envergadura, não resta a menor dúvida. Eu até vou me adiantar e dizer o seguinte, como costumo dizer: "Quando um homem caminha, o que vai à frente é o seu passado." E olhando aqui para o Excelentíssimo senhor procurador-geral da República, dr. Roberto Gurgel, recordo-me de que nós dois começamos a nossa vida, a nossa juventude como assistentes do professor José Carlos Barbosa Moreira, que é, sem dúvida alguma, uma das maiores autoridades mundiais em processo civil. Ele costumava afirmar que, na catedral do processo, a coisa julgada se situa lá no altar-mor. Ela é absolutamente intocável, sob esse ângulo da importância do instituto, e *a fortiori*, aqui, da importância da tese que se vai debater.

Então, eu só faço a ponderação de que a composição da nossa Corte, hoje, não está completa.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas essa catedral, aqui, está entrando em choque com um outro dispositivo da Constituição que talvez tenha igual ou mais importância, que é o art. 227 da Constituição.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, eu não discuto, eu acho também. Eu não estou nem antecipando o mérito, não. Eu estou dizendo o seguinte: a composição da Corte hoje.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu vou pedir vênia ao ministro Luiz Fux e acompanhar o ministro Dias Toffoli, também atribuindo a este caso a repercussão geral.

Saliento que, quando nós reconhecemos a repercussão geral, nós não estamos, desde logo, estabelecendo que todos os casos deverão ser julgados da mesma forma, como se tratasse de uma súmula vinculante. Nós simplesmente

estamos decidindo que todos os casos análogos serão, necessariamente, admitidos ao conhecimento desta Corte e serão julgados de forma individualizada.

Isso é o que nós estamos decidindo quando admitimos a repercussão geral, ou seja, os casos análogos subirão automaticamente sem terem que ser submetidos a um novo juízo de admissibilidade no Plenário Virtual.

DEBATE

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Talvez tenhamos que focar a discussão num tema, por exemplo, ação de paternidade, para não abrir demasiadamente o leque.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Se Vossa Excelência me permite, o tema tem uma repercussão que transcende as partes e que repercute na sociedade. Nesse sentido, tem repercussão geral.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida. Nós estamos reconhecendo a repercussão geral do tema, com a consequência de que todos os processos que tratam desse assunto serão automaticamente conhecidos pela Corte.

Pode parecer, num primeiro momento me causou uma certa perplexidade, quando nós já discutíamos em outra ocasião essa mesma providência, que pareceria, à primeira vista, que a solução dada a este caso seria necessariamente análoga a todos os demais, ao reconhecermos a repercussão geral, mas não é disso que se trata.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Ministro Ricardo Lewandowski, eu estava apenas ponderando sobre a necessidade de focarmos tematicamente o debate, por exemplo, nesse contexto de ação de paternidade, perante o instituto da coisa julgada, então nós assentaríamos a repercussão geral em todos os casos, envolvendo exatamente ação de paternidade, porque a ação é nuançada, há muitos aspectos. Então concentremos-nos nesse aspecto.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): É exatamente aquilo de que se trata, § 6º do 227.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas a questão da investigação de paternidade é coisa julgada, é disso que se trata.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): O acórdão recorrido assentou que teria havido coisa julgada material.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Com esse foco, talvez o ministro Luiz Fux adira ao reconhecimento da repercussão geral.

O sr. ministro Luiz Fux: Basicamente a minha preocupação apenas é que essa tese jurídica seja submetida à Corte com essa composição. Só essa. Entendo que realmente o tema merece o tratamento de repercussão geral nos limites aqui fixados, ou seja, repercussão geral em casos em que a parte não pôde realizar o

exame de paternidade por falta de condições e nas hipóteses em que o juiz julgou por carência de provas. Eu não acredito que isso seja transcendente, mas eu aderi.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): O ministro Joaquim Barbosa reconhece também nesses termos?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Farei uma observação ao ministro Luiz Fux: nós temos quórum mais do que suficiente, nós temos quórum até para julgar ação direta hoje, ainda mais para reconhecer a repercussão geral.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Perfeito.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, também eu havia sugerido que houvesse o reconhecimento da repercussão geral nesses limites, nesses lindes, tendo em vista a investigação de paternidade, a coisa julgada ou o não reconhecimento em razão da insuficiência de prova. Também me lembrava das lições agora trazidas pelo ministro Celso quanto ao não reconhecimento, ou se falava até que não havia, em casos tais, o reconhecimento da coisa julgada em sentido material. Todavia, o próprio Tribunal de Justiça e, também, parece que pelo menos há uma jurisprudência no STJ no mesmo sentido, de modo que a questão tem, de fato, relevância, já foi ressaltada na própria fala do procurador-geral da República. De modo que, com esses limites, eu acompanho.

E aqui é um caso interessante; para isso já chamou atenção o ministro Joaquim Barbosa de que não se trata daquele caso de repercussão geral em razão da quantidade – em princípio, nós não teremos tantos casos –, mas em razão da repercussão jurídica.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Da importância da tese.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Da importância da tese, que pode ser até que – oxalá – não se repita em tantos casos, diante da gravidade.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Provavelmente não se repetirá, por causa da questão da assistência.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Luiz Fux: Eu só queria, senhor presidente, fazer uma observação, porque, na hipótese, ainda que o Tribunal não tivesse afirmado a decisão de carência de provas, quer dizer, a coisa julgada *secundum eventum probationis* só há em alguns casos específicos, como, por exemplo, na ação popular. Todas as hipóteses em que o Tribunal decide alegando que a parte não se desincumbiu de provar o fato constitutivo do seu direito ou o fato distintivo, modificativo ou impeditivo, essa é uma sentença de mérito. Não existe, no direito brasileiro, sentença de carência de prova, só a da ação popular e alguns outros diplomas especiais. Então essa decisão fez coisa julgada material, e vai se tratar exatamente

da relativização da coisa julgada material com esta especificidade: ausência de meios para subvencionar a prova.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Está bem colocado.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, um levantamento no Plenário Virtual revelará que sou sempre favorável à abertura do embrulho. Pronuncio-me nos casos – evidentemente quando se tem matéria constitucional e as repercussões próprias ao instituto em jogo – pela admissibilidade.

Na espécie, dois valores da maior importância – e valores constitucionais – estão em jogo: a coisa julgada, que retrata em ênfase maior a segurança jurídica, e o direito inerente à personalidade.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Um autêntico bem de personalidade está em jogo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Para mim, mostra-se suficiente a assentar-se que esta é causa a ser julgada pela Suprema Corte.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Perfeito.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por isso, peço vênia ao ministro Luiz Fux para admitir que está configurada a repercussão geral.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu já aderi.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Ele já aderiu.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Também entendo que o caso é de repercussão geral da questão constitucional discutida nestes autos, em cima de dois temas eminentemente constitucionais, evidente. A coisa julgada, figura estelar, exponencial do princípio da segurança jurídica de um lado; e, de outro lado, o direito elementar à busca de sua própria identidade pelo conhecimento da origem, da sua ascendência, da ascendência do indivíduo no plano da sua paternidade.

O ministro Joaquim Barbosa, parece-me, foi especialmente feliz ao dizer que, intrinsecamente, essa matéria se dota de repercussão jurídica e social. E o ministro Marco Aurélio bem disse que o vulto da questão evidencia se tratar de caso naturalmente exposto à jurisdição mais qualificada do Supremo Tribunal Federal.

DEBATE

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, queria fazer uma observação pela ordem. Pediria a Vossa Excelência que proclamasse o resultado

com um pouco mais de detalhamento para facilitar nosso trabalho futuro. Dizer exatamente qual é o tema, de forma focada, que foi reconhecido como repercussão geral com a delimitação inclusive agora apresentada pelo ministro Celso de Mello.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): A delimitação temática é essa: quando se tratar de ação de paternidade julgada em caráter definitivo, improcedente por carência de prova; e diante desse contexto, desse entrecruzar de valores constitucionais, a segurança de um lado, representada pela coisa julgada, e esse direito, de que fala o ministro Celso de Mello, significativo de um autêntico bem de personalidade, que é a busca da sua própria identidade biológica. O contexto é esse.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Descrever o caso em si.

O sr. ministro Luiz Fux: Só queria fazer uma observação. O ministro Lewandowski talvez tenha tocado em um ponto extremamente importante, porque nós vamos julgar com repercussão geral a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de paternidade por carência de prova.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Isso.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas aqui não é carência de prova só. Aqui é o seguinte: a parte que tem que fazer a prova, a parte destinatária da regra formal que determina quem tem que fazer a prova não pode fazê-la porque não tem condições de pagar para a sua realização. Agora, como será se uma pessoa abastada promover uma ação de investigação de paternidade, como há no Rio de Janeiro um caso famoso de um herdeiro de uma grande fortuna que tem todas as condições de realizar o DNA e não paga? E não vai pagar perícia? E aí nós vamos dar como repercussão geral e fazer disso uma regra básica? Porque a repercussão geral tem, pelo menos, pode não ter número de caso, mas ela tem "repercussão geral".

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): E gratuita.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Então acrescentamos, ministro Luiz Fux, para singularizar a controvérsia, o elemento material da questão, significativo de carência material da parte para produzir a prova.

O sr. ministro Luiz Fux: Só para terminar a justificativa: há, hoje, senhor presidente, até um entendimento sumulado de que, quando essa prova não é feita, presume-se a paternidade. Então isso pode ser até um subterfúgio para não se realizar a prova e se presumir a paternidade.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Concorda, ministro Ricardo Lewandowski?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Estou de acordo. Agora está bem delimitado.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Então, proclamo o resultado nesses termos.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Sistematizarei os debates em meu voto.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Isso. Vossa Excelência sistematiza no seu, certamente, judicioso voto, e faço retornar a palavra a Vossa Excelência.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli (relator):

> O art. 226, § 7º, da Constituição de 1988 também teve o mérito de destacar explicitamente a paternidade responsável como que a reforçar o entendimento de que esse é um dos nortes que sempre deverão nortear a tomada de decisões em matéria envolvendo relações familiares. [Lê voto.]

Aqui abro um parêntese na leitura de meu voto para um tema que começa a surgir: o chamado direito ao amor. Não há como obrigar alguém a amar seu filho ou a amar alguém. Mas, diante do dispositivo constitucional da paternidade responsável, seja o pai, seja a mãe, haveria o direito do filho a uma eventual indenização pelo dano causado pela falta dessa assistência? Esse é um tema que não está posto neste processo, mas apenas lateralmente – nem está em meu voto – coloco aqui como reflexão de grande importância: a impossibilidade da existência do direito ao amor, ou ele existiria, em sua omissão, como um dano causado na formação de um ser humano?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte, apenas *a latere*?

Há um debate interessante que se trava agora no Senado Federal: determinado senador pretende incluir, no rol de direitos fundamentais, o direito à felicidade. Aliás, o direito à felicidade é um direito que já existia na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776. Então, esse direito ao amor me faz lembrar essa interessante iniciativa do senador.

O sr. ministro Celso de Mello: Na verdade, o direito à busca da felicidade.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Dias Toffoli, o único paradoxo é que a todo direito corresponde um dever, e o amor é algo espontâneo, voluntário, não tem muita ligação com o dever.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Discute-se hoje nas varas de família exatamente isto: se a ausência desse amor não causaria dano material ou moral.

O sr. ministro Celso de Mello: Ou transgressão ao dever de afeto.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Transgressão ao dever de afeto se causaria dano moral e, portanto, passível de indenização. Mas essa é uma discussão que não está, volto a dizer, neste processo. Mas penso que um dia, mais cedo ou mais tarde, chegará a esta Corte.

O sr. ministro Celso de Mello: Isso mostra as virtualidades do § 7º do art. 226 da Constituição Federal.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, esse tema tem praticamente a mesma envergadura do tema de ontem, até mais. Exatamente em respeito à profundidade do tema, à beleza do voto do ministro Dias Toffoli e à ausência de alguns colegas, queria pedir vênia ao Plenário para pedir vista deste processo, comprometendo-me a trazê-lo no dia 28 de abril.

EXTRATO DA ATA

RE 363.889/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrentes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Procurador: Procurador-geral da República) e Diego Goiá Schmaltz (Advogados: Arthur Henrique de Pontes Regis e Marcus Aurélio Dias de Paiva). Recorrido: Goiá Fonseca Rates (Advogado: Raimundo João Coelho).

Decisão: Retirado da Pauta 13/2010, publicada no *DJE* de 9-9-2010, por indicação do relator. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, 26-10-2010.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a presença de repercussão geral na discussão acerca da incidência dos arts. 5º, XXXVI e LXXIV, e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal, aos casos de ação de paternidade julgada improcedente por falta de condições materiais para a realização da prova. Votou o presidente. Em seguida, após o voto do ministro Dias Toffoli (relator), que conhecia dos recursos e lhes dava provimento para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, pediu vista dos autos o ministro Luiz Fux. Ausentes, em participação da *U.N. Minimum Rules/World Security University*, em Belágio, Itália, o ministro Cezar Peluso e, justificadamente, a ministra Ellen Gracie. Falou, pelo recorrente, o dr. Marcus Aurélio Dias de Paiva e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Presidência do ministro Ayres Britto (vice-presidente).

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

Brasília, 7 de abril de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA
(Aditamento)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

Esta é uma questão de intensa densidade jurídica, porque vamos abordar o problema referente à suposta – e denominada, no meu modo de ver, incorretamente – relativização da coisa julgada, porquanto o que se pretende neste feito é,

após a decisão do juízo que rejeitou a investigação de paternidade pela ausência de realização de exame por falta de recurso da parte, anos depois de soberanamente julgada a causa, promover-se uma nova ação em razão do surgimento do exame do DNA, para realizar-se esse exame e efetivamente romper-se aqui aquela decisão prolatada, sob a alegação de que todos têm o direito à identidade, como consectário da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à gratuidade integral da justiça. Estou procurando sintetizar aquilo que já foi aqui abordado.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Só lembrando que era beneficiário da justiça gratuita.

O sr. ministro Luiz Fux: Exatamente. Se eu falhar em algum dado do relatório, Vossa Excelência pode me completar.

Então, basicamente é essa a questão que está em jogo.

A ação foi proposta isoladamente, efetivamente desconsiderando a coisa julgada. Não foi uma ação rescisória proposta fora do prazo, sob uma interpretação teleológica de que, nesse caso, poder-se-ia propor, fora do prazo bienal, ação rescisória. Foi uma ação à parte, repetindo o pedido anterior, e que efetivamente encerra um caso de – digamos assim – afronta a uma coisa julgada anteriormente.

Muito embora se tenha afirmado na decisão anterior que, por carência de provas, julgou-se extinto o processo sem a análise do mérito, sabemos que no direito brasileiro não existe o julgamento *secundum eventum probationis*, salvo em ação popular, naquelas ações civis públicas em que, por carência de prova, pode-se renovar. Se o autor não prova o fato constitutivo do seu direito real no próprio fato distintivo, modificativo ou impeditivo, a sentença é de mérito e faz coisa julgada material.

Mas, aqui, nesta ação proposta, basicamente a parte alega que surgiu o exame como fato novo, e que ela, beneficiária da justiça gratuita, não teve condições de realizar esse exame.

Sucede que surgiu uma lei no Distrito Federal autorizando a realização desse exame gratuitamente, e, dentro do prazo bienal do surgimento dessa lei, a parte promoveu essa ação de investigação de paternidade, agora, então, pretendendo realizar o exame. E essa pretensão de veicular novamente o pedido foi obstada sob a alegação de ofensa à coisa julgada.

Então, poderíamos aqui partir de princípios comezinhos estabelecendo que: a coisa julgada se torna imutável e indiscutível a partir da decisão judicial; nenhum juiz pode julgar novamente a mesma lide, ainda que seja no mesmo sentido; e a eficácia preclusiva da coisa julgada defende a coisa julgada de tudo quanto poderia ter sido alegado e não foi. Por isso é que Pontes de Miranda, na sua melhor obra, *Tratado da ação rescisória*, afirmava que a coisa julgada, fazendo o quadrado redondo, modificava a natureza das coisas.

Sucede que ganhou corpo, principalmente através das inovações que foram levadas a efeito na MP 2.180, viabilizando que, lá no processo de execução, além do vício da citação ter efeito rescindente, anula o processo de conhecimento,

também se pudesse alegar a inconstitucionalidade da lei na qual se baseou a sentença, surgiu um movimento – eu repito mais uma vez – sem fundamento científico algum e equivocadamente denominado de "relativização da coisa julgada". A única relativização que a coisa julgada tem é a que já está prevista, de promover a ação rescisória, que é uma maneira de tornar relativa a coisa julgada e este jovem instrumento, o art. 741 do Código de Processo Civil.

A parte basicamente se fundamenta na violação no âmbito de proteção da coisa julgada, quer dizer, a coisa julgada não pode ser protegida a esse ponto, na violação do direito fundamental à filiação e na ofensa ao direito à assistência judiciária.

Basicamente são esses os aspectos que me permitem saltar o voto que foi aqui proferido pelo ministro Dias Toffoli.

Tenho a impressão de que basicamente é esse o cerne da questão.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Luiz Fux:

Recurso extraordinário. Direito constitucional. Processual civil. Investigação de paternidade. Demanda julgada improcedente por insuficiência de provas. Ausência de realização de exame de DNA. Deficiência do sistema estatal de assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). Sentença coberta pela coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI). Superveniência de lei distrital fixando o dever de o poder público custear a realização da prova técnica. Ajuizamento de nova demanda. Pretensão de afastar o óbice da coisa julgada material. Conflito entre as normas constitucionais que tutelam a garantia da coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI) e o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), de um lado, e o direito fundamental à filiação (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia da assistência jurídica integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV), de outro. Sentença de improcedência por insuficiência de provas. Aptidão a ensejar a formação de coisa julgada material. Especificação da natureza da relação jurídica controvertida *in casu*. Distinção das demais hipóteses teóricas de afastamento da coisa julgada material. *Status* constitucional da proteção da coisa julgada material no direito brasileiro. Norma dotada de natureza de regra, informada pelo princípio da segurança jurídica. Condição de certeza quanto às premissas para que cada indivíduo formule seu plano de vida. Vinculação, ainda que indireta, com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Substrato social do direito à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Pacificação dos conflitos sociais. Direito comparado e jurisprudência dos tribunais supranacionais. Caráter compromissório da Constituição Federal de 1988. Pacto político a albergar valores divergentes. Princípio da unidade da Constituição. Harmonização prudencial e concordância prática das normas constitucionais. Interpretação pautada pelo dever de coerência. Sistema de regras e princípios. Sobreposição de âmbitos de proteção. Técnica da ponderação de valores. Concessões recíprocas guiadas pelo postulado da proporcionalidade. Preservação do núcleo essencial das normas constitucionais. Fixação de relações de precedência

condicionada. Parâmetros interpretativos. Possibilidade de ponderação de regras constitucionais. Natureza excepcional. Cotejo entre as razões subjacentes à regra, somadas aos valores da previsibilidade, da igualdade e da democracia, no choque com os outros princípios constitucionais em jogo. Ponderação pautada pelo peso abstrato das normas constitucionais, à luz do grau de vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Direito fundamental à identidade pessoal, que se desdobra no direito à identidade genética. Premissas para a atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção no cenário social. Conhecimento da origem como condição para o planejamento do destino individual. Prerrogativa de índole existencial. Desenvolvimento livre da personalidade. Vinculação ao núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 226, § 7º, e 227, *caput*). Entidade familiar como instrumento funcionalizado à promoção da dignidade de seus membros. Convenção americana de direitos humanos. Ofensa também à assistência jurídica integral aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Garantia da paridade de armas que decorre da conjugação do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV) com o princípio da isonomia material (CF, art. 5º, *caput*). Carência material que não pode servir de óbice à busca por efetivação de direitos fundamentais pelo exercício do direito de ação. Tutela jurisdicional efetiva como o "mais básico dos direitos humanos" (Cappelletti). Indispensável vinculação ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, como condição para a fruição de prerrogativas existenciais. Peso abstrato da coisa julgada material que, na constelação de normas constitucionais, há de ceder passo à promoção do direito à identidade genética em combinação com a assistência jurídica integral. Preservação, porém, do núcleo essencial do princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*). Exame de DNA como prova judicial de natureza técnica, de índole estatística. Controle de racionalidade da prova pericial. Parâmetros da Suprema Corte norteamericana para a repressão à cognominada *junk science* (*Daubert v. Merrel*, de 1993). Confiabilidade *in concreto* do método científico para a definição da paternidade biológica. Fatores a ensejar a falibilidade do exame de DNA. Dever de explicitação, pelo perito, do indíce de acerto dos instrumentos, técnicas e materiais utilizados na produção da prova, bem como da capacitação dos agentes envolvidos. Necessidade de que a cognição judicial seja fruto do exame de todos os elementos da instrução processual, submetidos ao livre convencimento motivado do juiz, por força da garantia da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Impossibilidade, ademais, de que réu seja conduzido coercitivamente à realização de DNA (STF, HC 71.373-4, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio). Fragilidades do exame de DNA como método para a busca da verdade real no processo, do que depende a confiabilidade das premissas empíricas para a promoção do direito à identidade genética. Preservação da segurança jurídica através da aplicação analógica do regime processual da ação rescisória. Marco temporal de dois anos (CPC, art. 495) como conciliação, realizada pelo legislador infraconstitucional, entre os princípios que inspiram o cabimento da ação rescisória e o princípio da segurança jurídica. Delimitação temporal do afastamento da coisa julgada material. Flexibilização do marco inicial para a fluência do prazo. Demanda, *in casu*, ajuizada em 1996, mesmo ano em que promulgada a Lei

distrital 1.097/1996, que impôs ao poder público o dever de custear o exame. Jurisprudência que, até 2002, rejeitava a pretensão de custeio de DNA no regime da Lei 1.060/1950. Superação, pela lei distrital, do déficit da garantia da assistência jurídica. Marco inicial para o prazo de dois anos, à luz da Constituição, como sendo a data em que se tornou efetiva, do ponto de vista prático, a possibilidade de obtenção do exame de DNA. Ônus argumentativo do autor, que deve superar robustamente a presunção relativa de que, de regra, o prazo para o afastamento da coisa julgada flui do trânsito em julgado. Possibilidade de afastamento da coisa julgada material, formada sobre decisão de improcedência por falta de provas, em demandas que envolvam relação de filiação, quando for alegada a viabilidade de produção de prova técnica capaz de reverter a conclusão do julgamento anterior, cuja realização só tenha se tornado possível, do ponto de vista prático, pelo avanço tecnológico superveniente, somado à inadequação do regime da assistência jurídica aos necessitados, respeitado, em qualquer caso, o prazo de dois anos para o ajuizamento de nova demanda, que flui, por presunção *iuris tantum*, a contar do trânsito em julgado da demanda anterior, salvo nas hipóteses excepcionais em que restar também excepcionalmente demonstrado que apenas posteriormente se tornou viável, do ponto de vista prático, o acesso ao exame de DNA, cabendo ao demante o ônus do afastamento da referida presunção. Recurso extraordinário provido para afastar o óbice da coisa julgada material e admitir a continuidade do processo.

D. G. S., menor representado por sua mãe, V. L. S., ajuizou demanda em face de *G. F. R.*, com pedido de que seja reconhecida a relação de filiação e, ainda, condenado este último a fornecer-lhe alimentos. Na própria inicial menciona o autor que, anteriormente, já havia ajuizado demanda idêntica, julgada improcedente, contudo, por insuficiência de provas, o que se deveu à falta de recursos financeiros para que, à época, pudesse custear exame de DNA.

Segundo o autor, porém, a edição da Lei distrital 1.097/1996 permitiria, após sua entrada em vigor, a realização do exame de DNA às custas do Distrito Federal, como elemento do regime da assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV), razão pela qual ajuizou a demanda atual alicerçando-se unicamente na perspectiva de realização da referida prova técnica.

Nestes autos, o juiz de primeiro grau rejeitou a preliminar de coisa julgada suscitada pelo réu, ensejando a continuidade do processo. Contra tal decisão foi interposto agravo de instrumento, provido pela Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal para determinar a extinção do processo sem exame de mérito, conforme a seguinte ementa:

> *Civil e processual civil – Ação de investigação de paternidade – Preliminar de coisa julgada rejeitada na instância monocrática – Agravo de instrumento – Repetição da ação proposta em razão da viabilidade da realização do exame de DNA atualmente – Preliminar acolhida – Provimento do recurso.*
>
> Havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo

inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento do mérito.

Recorrem, agora, o *Ministério Público do DF* e o *autor*, pretendendo que esta Suprema Corte reverta a decisão do TJDF sob os seguintes fundamentos:

(i) violação ao âmbito de proteção da coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), ao argumento de que a sentença anterior não apreciou o mérito do conflito, porquanto não afirmada nem rejeitada a paternidade. Não lhe alcançaria, assim, a proteção constitucional da coisa julgada material, que, no campo das relações de parentesco, não poderia se sobrepor à verdade real. Além disso, o fundamento subjacente à coisa julgada, que consiste no princípio da segurança jurídica, não estaria presente na sentença anterior, na medida em que esta última não partiu de um mínimo grau de confiabilidade fática para rejeitar ou afirmar a paternidade.

(ii) violação ao direito fundamental à filiação (CF, art. 227, caput e § 6º), porquanto a instrumentalidade que rege as normas de processo não poderia conduzir a que a coisa julgada se sobrepusesse ao direito personalíssimo à identidade, razão pela qual, à luz do postulado da proporcionalidade, deve ser permitida a realização, *in casu*, do exame de DNA.

(iii) ofensa ao direito à assistência jurídica (CF, art. 5º, LXXIV), na medida em que a primeira decisão, como reconheceu o juiz sentenciante no feito anterior, foi resultado da hipossuficiência econômica do autor, que não pôde arcar com o exame de DNA no valor, à época, de U$ 1.500,00 (mil e quinhentos dólares). Eternizar esse resultado implicaria a preponderância de fatores econômicos sobre a verdade dos fatos, que tende a ser esclarecida pelo exame de DNA, hoje custeado pelo Distrito Federal por conta da Lei Distrital n. 1.097/1996.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, em parecer (fls. 338-348), pelo provimento dos recursos extraordinários, ao fundamento de que o direito fundamental à filiação e o princípio da dignidade da pessoa humana devem ser prestigiados, como consequência da aplicação ao caso do postulado da proporcionalidade.

O eminente ministro relator Dias Toffoli, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 7 de abril de 2011, votou pelo provimento dos recursos extraordinários. Após afirmar o perigo da utilização desmedida do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico, aplicável, contemporaneamente, sem o devido rigor, frisou o relator o histórico do regime das relações de parentesco no direito brasileiro, para, após, destacar as mudanças operadas pela Constituição Federal de 1988 nesse tema. Foi objeto de particular menção a decisão tomada por esta Suprema Corte no RE 248.869/SP, em que, ao se reconhecer a constitucionalidade da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizamento, após provocação, de demanda de investigação de paternidade, realçou-se o *status* constitucional do direito à identidade, em especial pelo conhecimento da própria origem biológica.

Asseverou o ministro relator, ainda, que a coisa julgada material, formada em demanda ajuizada quando o autor tinha oito anos de idade, não poderia

servir de óbice a que, mesmo com 28 atualmente, não seja garantido ao filho o direito a "uma resposta cabalmente fundamentada, calcada em uma prova de certeza inquestionável, acerca de sua veraz origem genética". Como fundamento, assinalou-se que a garantia da coisa julgada material não poderia ser concebida em termos absolutos, devendo ceder passo à busca pela verdade em concretização ao direito personalíssimo em jogo. Foi noticiado, por fim, a tramitação de propostas legislativas no Congresso Nacional para permitir a relativização da coisa julgada material em hipótese como a dos autos. Concluiu, assim, pelo afastamento do óbice processual da coisa julgada material *in casu*, permitindo o andamento da demanda com a produção da prova requerida.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

Encontram-se em oposição, no caso presente, de um lado a garantia fundamental da *coisa julgada material* (CF, art. 5º, XXXVI), informada pelo princípio da *segurança jurídica* (CF, art. 5º, *caput*), e, de outro, segundo a argumentação dos recorrentes, o *direito fundamental à filiação* (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia fundamental da *assistência jurídica* integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). Essa última é pertinente à hipótese pelo fato de, na primeira demanda, ter sido a insuficiência de recursos o motivo para a falta de realização do exame de DNA – cujo custo, na década de 1980, era de U$ 1,500.00 (mil e quinhentos dólares) –, o que levou, ao final, à improcedência do pedido por ausência de provas, como consta do seguinte trecho da sentença já transitada em julgado, proferida em 1992:

> No caso, existem indicações de que algum tipo de relacionamento anterior havia entre o Requerido e a Representante do Autor. Não eram estranhos. Nem muito menos pareceu ao primeiro uma surpreendente e rematada sandice a pretensão da aventada paternidade. Isto resulta claro dos depoimentos. Não existem, entretanto, nos autos, elementos minimamente suficientes para assegurar tenha ocorrido, sequer uma vez, o ato sexual entre os dois. E, ainda que tenha ocorrido, que haja sido essa relação específica a causa da concepção do Autor. A prova oral, produzida pelas partes é absolutamente frágil, imprecisa e pouco relevante, no que interessa à essência da questão em tela. E a documental, menos relevante ainda.
>
> Lamentável, sob todos os aspectos, a impossibilidade de ter-se aqui, a prova pericial; sobretudo com a precisão hoje assegurada pelo DNA. Resta o consolo de, neste e noutros tantos casos semelhantes, ficar a parte autora sempre com a possibilidade de, recorrendo, tentar ver o custeio de tal prova se viabilizar, para insistir na Justiça. Fica a esperança, também e o apelo reiterado, de que o próprio Poder Público, no caso através do Egrégio Tribunal de Justiça, possa no futuro vir a assumir (mediante convênios, ou outra forma) esse ônus perante uma população, via de regra, carente dos meios até para as despesas cartorárias, tanto mais para uma prova tão onerosa. E que, em muitos casos, resultará na sua cobrança, posteriormente, da parte sucumbente, com frequência, mais bem servida pela fortuna, quando procedente a pretensão.

O tema é dos mais candentes na doutrina processual, dando margem a uma profunda divergência entre autores de igual renome, cada qual com argumentos também igualmente razoáveis. É função de que não pode se furtar este Supremo

Tribunal Federal, portanto, conceder uma resposta à sociedade acerca do modo como deve ser entendida, no terreno das garantias fundamentais do processo, o regime da coisa julgada material, mormente quando em suposto choque com outras cláusulas constitucionais, dado o papel de *guardião da Constituição* que lhe foi conferido pelo texto constitucional (CF, art. 102, *caput*).

Uma baliza preliminar é preciso deixar desde logo firmada, contudo. Ao contrário do que consta das alegações dos recorrentes, *a improcedência por insuficiência de provas, no campo da teoria do processo, constitui, sim, um julgamento de mérito*, e não uma sentença meramente terminativa. Tocar no mérito de uma demanda é apreciar o pedido formulado pelo autor, julgando-o procedente ou improcedente, seja por conta da prova produzida, seja em razão das regras de direito material aplicáveis ao caso. O julgamento conforme o ônus da prova, como ensina o prof. Barbosa Moreira, tem lugar justamente nos casos em que, apesar da insuficiência da prova produzida, não pode o magistrado se omitir no dever de prestar jurisdição a respeito da pretensão veiculada, de vez que inadmissível, nos dias atuais, o *non liquet*[1].

Assim, houve, de forma inequívoca, sentença de mérito no primeiro processo, de modo que a conclusão ali alcançada foi tocada, sim, pela coisa julgada material, nos termos dos arts. 467 e 468 do Código de Processo Civil. Vale esclarecer que a coisa julgada *secundum eventum probationis* apenas ocorre, no direito brasileiro, nos casos em que há expressa previsão legal, a exemplo do que se passa com a ação popular (Lei 4.717/1965, art. 18), com a lei da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 16) e, ainda, com as ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor a respeito de direitos difusos e coletivos (CDC, art. 103, I e II)[2]. Embora as situações não sejam idênticas, já a doutrina clássica assinalava o perigo de se condicionar a presença de coisa julgada ao teor da sentença de mérito, tendo assim se manifestado o prof. Enrico Tullio Liebman, com base nas lições de Chiovenda, a respeito da coisa julgada *secundum eventum litis,* reputada "inadmissível, devendo ser idênticos seu âmbito e sua extensão, qualquer que seja o teor da sentença, isto é, julgue ela procedente ou improcedente a demanda"[3].

Houve, portanto, coisa julgada material no processo anterior, de forma alguma afastada pela fundamentação lastreada apenas na ausência de provas. E é por essa razão que a decisão a ser tomada nestes autos não pode passar ao largo da controvérsia em torno da cognominada *relativização da coisa julgada material*.

---

[1] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de direito processual*, 1980. p. 74. Segunda Série.

[2] Ressaltam a excepcionalidade de tal regime TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 58-61; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de direito processual*, 1980, p. 81. Segunda Série; e ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171 et seq.

[3] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24-5.

Firmada essa premissa, ainda outra ressalva inicial tem de ser feita. É que encontram-se, em tese, inseridos no grande rol de questões relacionadas à *relativização da coisa julgada material* temas com perfis sutilmente diversos. Deveras, nesse rol se encaixam, por exemplo, as seguintes hipóteses: **(i)** o ataque a decisões transitadas em julgado não por conta apenas de uma interpretação jurídica, mas em razão da *superveniência, dado o avanço da tecnologia, de meios de prova inexistentes à época da prolação da decisão*, que, *dependendo* do resultado que se possa deles extrair para a instrução da causa, conduziriam a conclusão diversa da alcançada na decisão anterior, e que, apenas nesse caso, restaria configurada a violação de princípios ou regras constitucionais pela manutenção da coisa julgada; **(ii)** o puro e simples questionamento de decisões transitadas em julgado que já se chocassem, por *uma pura interpretação de direito a ser realizada pelo julgador do caso concreto*, com o teor de algum direito ou garantia constitucional; e **(iii)** a impugnação de decisões transitadas em julgado na *fase de execução* de condenações de pagar quantia certa, quando *a lei em que havia se fundado a decisão exequenda tiver a respectiva constitucionalidade rejeitada em decisão do Supremo Tribunal Federal*, como preveem no âmbito do processo civil e do processo trabalhista, respectivamente, os arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil e o art. 884, § 5º, da CLT.

Cada uma dessas hipóteses apresenta particularidades que não podem ser ignoradas, e que se refletem diretamente na análise da respectiva compatibilidade com a Constituição Federal. No caso presente, contudo, trata-se apenas do exame da primeira hipótese narrada acima, e apenas a isto deve se restringir a decisão a ser tomada, isto é, sobre (i) a possibilidade de afastamento de coisa julgada material (ii) formada a respeito de relação de filiação (iii) diante da superveniência de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica, meio este dotado de altíssimo grau de confiabilidade e capaz, justamente por isso, de reverter, por si só, a conclusão do julgamento anterior, e (iv) cuja realização não se mostrara possível por conta da deficiência do regime da assistência jurídica aos hipossuficientes. Essas balizas são essenciais para a definição da *ratio decidendi* a ser firmada neste *leading case*, na linha do que decidido preliminarmente ao ser reconhecida a repercussão geral deste recurso extraordinário.

Preambularmente, merece ser destacado que, no cenário jurisprudencial brasileiro, a polêmica em torno da relativização da coisa julgada em demandas de investigação de paternidade também alcançou o Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente acometido da função de tutelar a observância das normas infraconstitucionais (CF, art. 105, III).

De início, o STJ havia se dividido em duas linhas jurisprudenciais: a primeira manifestava-se contrariamente à possibilidade de ajuizamento de nova demanda, a exemplo do decidido no REsp 107.248/GO, rel. min. Menezes Direito, Terceira Turma, *DJ* de 29-6-1998; já a segunda linha de precedentes era favorável ao afastamento da coisa julgada, conforme decidido, exemplificativamente, nos seguintes casos: REsp 226.436/PR, rel. min. Sálvio de Figueiredo

Teixeira, Quarta Turma, *DJ* de 4-2-2002; e REsp 826.698/MS, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJE* de 23-5-2008.

Porém, a Segunda Seção do STJ, no final do ano de 2008, uniformizou o entendimento pela *impossibilidade* de se afastar a coisa julgada material mesmo diante da perspectiva de realização de exame de DNA, conforme o seguinte precedente:

> *Processo civil. Investigação de paternidade*. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido. [REsp 706.987/SP, rel. min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ o ac. min. Ari Pargendler, Segunda Seção, *DJE* de 10-10-2008.]

Em seu núcleo, a tese ali firmada teve por fundamento o primado do princípio da segurança jurídica, que seria ferido em seu âmago caso fosse desfeita a proteção constitucionalmente assegurada à coisa julgada material. Não seria lícito, sob esse prisma, submeter a coisa julgada a renovados ataques a cada descoberta científica, com sensível impacto na estabilidade por que devem se pautar as relações sociais.

Essa tese vem sendo reafirmada, atualmente, em diversos precedentes, todos eles prestigiando a garantia constitucional da coisa julgada material à luz do princípio da segurança jurídica: REsp 960.805/RS, rel. min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *DJE* de 18-5-2009; AgRg no REsp 646.140/SP, rel. min. João Otávio Noronha, Quarta Turma, *DJE* de 14-9-2009; AgRg no REsp 363.558/DF, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4-2-2010, *DJE* de 22-2-2010; AgRg no REsp 895.545/MG, rel. min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, *DJE* de 7-6-2010; e AgRg no REsp 899.981/MG, rel. min. Vasco della Giustina (desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, *DJE* de 1º-9-2010.

No plano constitucional, a garantia da coisa julgada material tem assento, no direito brasileiro, desde a Constituição de 1934 como uma regra expressa (CF/1934, art. 113, 3).[4] Na Carta de 1988, sua previsão encontra-se no inciso XXXVI do rol dos direitos e garantias fundamentais constante do art. 5º, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". A redação do dispositivo, por sua literalidade, interditaria apenas a atuação do *legislador* que fosse contrária à imutabilidade das decisões judiciais passadas em julgado, e não, a rigor, de quaisquer outros agentes investidos de poder público. Não é essa, evidentemente, a teleologia que deve ser extraída do texto da Constituição: na verdade, se sequer ao legislador, dotado do batismo democrático, é lícita a intervenção contrária à proclamação judicial, em definitivo, da vontade

[4] CF/1934, art 113-A: "Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

concreta da lei, aos demais Poderes constituídos, que se subordinam ao princípio da legalidade, jamais, como regra, poderia se passar de modo diferente[5].

Na essência, a proteção à coisa julgada material é uma decorrência do princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que se destina à pacificação dos conflitos sociais. É através da proteção do que já decidido em definitivo pelo Judiciário que se promove a confiança recíproca entre os atores da sociedade, que podem pautar suas condutas à luz dos efeitos já oficialmente proclamados dos atos por eles praticados, e com isso planejando o futuro a ser trilhado. Tanto o vencedor quanto o vencido, sob certo ângulo, beneficiam-se da indiscutibilidade inerente à coisa julgada, pois mesmo o segundo passa a saber, com precisão, a exata medida em que sua esfera jurídica restou subordinada ao interesse do adversário[6].

O princípio da segurança jurídica é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência, qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, "um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza"[7].

Em última análise, portanto, a garantia da coisa julgada material pode ser reconduzida, ainda que indiretamente, também ao princípio-matriz da Constituição Federal, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, consistente na *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III). Com efeito, no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana reside a possibilidade de que cada indivíduo, dotado de igual consideração e respeito por parte da comunidade em que se insere, formule e ponha em prática seu plano ideal de vida, traçando os rumos que entende mais afeitos ao livre desenvolvimento de sua personalidade[8]. O projeto individual de futuro, no entanto, deve partir, para concretizar-se, de premissas dotadas de confiabilidade, cuja higidez não seja colocada em xeque a cada novo momento. E é justamente sobre essas premissas que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, coloca o manto da inalterabilidade, protegendo o

---

5 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 50-2.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245. Nona Série.

7 No original: "*One of the most serious injuries the state can inflict on its subjects is to commit them to lives of perpetual uncertainty*". KAY, Richard S. American Constitutionalism. In: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Ed. Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 22. Sua citação foi feita em KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. A estrutura temporal das constituições. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 13. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, 2003. p. 116.

8 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113.

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada material das incertezas que as mudanças do futuro poderiam ocasionar.

No plano do direito comparado, a proteção da coisa julgada, quando não estabelecida de modo expresso na Constituição, é entendida como uma decorrência do direito à *tutela jurisdicional efetiva* (CF, art. 5º, XXXV), pois a resposta do Judiciário, para ser eficaz do ponto de vista social, não pode ficar eternamente à mercê de modificações e reversões[9].

Na Espanha, por exemplo, a intangibilidade da coisa julgada tem assento nos princípios da segurança jurídica – CE, art. 9.3 – e da tutela jurisdicional efetiva – CE, art. 24.1[10]. Foi sob este prisma que o Tribunal Constitucional espanhol reafirmou a importância da coisa julgada no catálogo dos direitos fundamentais, por exemplo, nas sentenças STC 119/1988, STC 189/1990, STC 231/1991, STC 142/1992, STC 34/1993, STC 43/1998 e STC 112/1999[11].

Da mesma forma, também a Corte Europeia de Direitos Humanos assinala que a coisa julgada é um elemento indispensável para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, conforme decidido nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28-10-1999; *Pullar v. Reino Unido*, j. em 10-6-1996; e *Antonetto v. Itália*, j. em 20-7-2000[12].

Como se sabe, a jurisdição cumpre o seu escopo de pacificação social através da *imperatividade* e da *imutabilidade* da resposta jurisdicional. O fato de para cada litígio corresponder uma só decisão, sem a possibilidade de reapreciação da controvérsia após o que se denomina *trânsito em julgado* da decisão, caracteriza essa função estatal e a difere das demais[13]. O *fundamento substancial da coisa julgada,* na realidade, é eminentemente político, uma vez que o instituto visa à *preservação da estabilidade e segurança sociais*[14], revelando fator

---

[9] GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium, 2004. p. 255.

[10] RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del tribunal constitucional y del tribunal supremo*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 411; AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valência: Tirant lo blanch, 2008. p. 86; JUNOY, Joan Picó y. *Las garantias constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997. p. 69; AROCA, Juan Montero. *Proceso (civil y penal) y garantia – el proceso como garantia de libertad y de responsabilidad*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006. p. 368; e LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal:* los fundamentos constitucionales del derecho procesal. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009. p. 218.

[11] AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008. p. 86.

[12] Apud GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 361.

[13] A coisa julgada "*es el atributo específico de la jurisdicción*", segundo COUTURE, in: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1951. p. 304.

[14] Nesse sentido Prieto Castro, in: *Derecho Procesal Civil,* 1946, v. I, p. 381. Chiovenda assentava a explicação da coisa julgada na "exigência social da segurança no gozo dos bens da vida", in: *Instituições de Direito Processual Civil*, 1942, v. I, p. 512 e 513.

de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo. Politicamente, a coisa julgada não está comprometida nem com a verdade nem com a justiça da decisão. Uma decisão judicial, malgrado solidificada, com alto grau de imperfeição, pode perfeitamente resultar na última e imutável definição do Judiciário, porquanto o que se pretende através dela é, repita-se, a estabilidade social.

Ocorre que nenhuma norma constitucional, nem mesmo a regra da coisa julgada ou o princípio da segurança jurídica, pode ser interpretada isoladamente. A Constituição brasileira em vigor caracteriza-se como um típico compromisso entre forças políticas divergentes, que em 1988 se uniram para definir um destino coletivo em comum[15], balizando a atuação dos poderes políticos através das regras e dos princípios definidos no pacto constitucional. Trata-se de compromisso porquanto a base plural da sociedade, no momento constituinte, assinalava relevância a valores díspares, sem uma univocidade ideológica, provocando a convivência, por exemplo, da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IV) e do direito à intimidade (CF, art. 5º, X), da proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII, e art. 170, V) e do princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*), e de muitos outros casos mais.

A finalidade por detrás deste pacto político abrangente, como explicita o art. 3º do Texto Constitucional, consiste em conduzir o Estado brasileiro à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional de forma a erradicar a pobreza, a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV). É justamente na concretização de tais metas, porém, que o caráter compromissório da Carta de 1988 se mostra mais evidente, porquanto no caminhar para atingir tais desideratos podem entrar em rota de colisão valores igualmente caros ao texto constitucional.

Nesses casos, que sob um primeiro ângulo poderiam ensejar verdadeiras arbitrariedades pelo intérprete, ao optar, em voluntarismo, pela norma que lhe parecesse merecedora de maior prestígio, impõe-se, como ensina a novel teoria da interpretação constitucional, a harmonização prudencial e a concordância prática dos enunciados constitucionais em jogo, a fim de que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado, como decorrência do princípio da unidade da Constituição[16]. Em outras palavras, cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a

---

[15] A respeito das diferentes forças políticas que atuaram na assembleia constituinte de 1987-88, cf. PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988:* progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[16] SANCHÍS, Luis Prieto. El juicio de ponderación. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 188; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 302-4; e GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166.

mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa.

Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência[17]. E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da *ponderação de valores*, instrumentalizada a partir do manuseio do *postulado da proporcionalidade*[18], a fim de operar concessões recíprocas, tanto quanto se faça necessário, entre os enunciados normativos em jogo, resguardado, sempre, o *núcleo essencial* de cada direto fundamental[19]. E por não ser lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo há de ser o estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*[20] entre os princípios em jogo, identificando-se o peso prevalecente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros (*standards*) interpretativos que reduzam a arbitrariedade e estimulem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

O drama humano narrado nestes autos, como já visto, coloca em rota de colisão as normas constitucionais que tutelam a *coisa julgada material* (CF, art. 5º, XXXVI) e o *direito fundamental* à *filiação* (CF, art. 227, *caput* e § 6º), aliado à garantia fundamental da *assistência jurídica* integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). O primeiro dos dispositivos mencionados consubstancia verdadeira *regra jurídica*, porquanto enuncia uma hipótese de incidência e, simultaneamente, o comando a ser desencadeado pela configuração de seus pressupostos de fato, isto é: a invalidade de qualquer ato do poder público que afronte a autoridade da coisa julgada material[21]. Já os dois últimos dispositivos assumem a forma de *princípios jurídicos*, apontando para estados ideais a serem alcançados sem predeterminar, desde logo, quais as condutas vedadas ou permitidas e quais os efeitos que, em cada caso, devem ser produzidos.

Na forma em que configurado o litígio *in casu*, não há modo de prestigiar a coisa julgada material sem que, simultaneamente, sejam colocados de lado os

---

[17] NETO, Cláudio Pereira de Souza. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. In: *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 144-7.

[18] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163 et seq.

[19] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 297-382.

[20] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993. p. 92.

[21] Nesse sentido, afirmando a natureza de regra da garantia da coisa julgada material, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223 e 226.

dois outros princípios constitucionais contrapostos: impedir o prosseguimento da demanda, reconhecendo-se o óbice da coisa julgada material, implica vedar peremptoriamente a elucidação, à luz da nova prova técnica disponível – o exame de DNA –, da origem biológica do autor, não trazida à tona, na demanda anterior já julgada, por consequência da insuficiência do sistema estatal de assistência jurídica aos necessitados. E, de outro lado, o raciocínio simétrico também se mostra verdadeiro: tolerar a realização do exame técnico nestes autos, como fruto da admissibilidade da demanda, colocará em xeque inarredável a regra da coisa julgada material, desfazendo a proteção que ela visa a promover.

Os dois vetores mostram-se, assim, inconciliáveis, de modo que a prevalência de um leva ao afastamento da eficácia normativa do outro para a solução da presente controvérsia. Em um cenário como este, e na linha do que já mencionado, a única opção metodologicamente válida é a utilização, por esta Corte Constitucional, da técnica da ponderação.

Ressalte-se desde logo que a previsão normativa da garantia da coisa julgada sob a forma de regra não é suficiente, por si só, para pôr fim a qualquer perspectiva de ponderação. Como vem reconhecendo a novel doutrina da hermenêutica constitucional, também as regras jurídicas, em hipóteses excepcionais, submetem-se a um raciocínio ponderativo[22]. Para tanto, deve ser realçada a razão subjacente à regra, isto é, o princípio que informa a sua interpretação finalística e a sua aplicação aos casos concretos: *in casu*, é o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), como já visto, que serve de manancial para a definição do sentido e do alcance da garantia da coisa julgada material. Não basta, no entanto, cotejar, imediatamente após isso, o peso de tal razão subjacente diante dos outros princípios em jogo. É imprescindível que se leve em conta, ainda, que as regras jurídicas, como categoria normativa, têm por reflexo, em sua aplicação, a promoção de valores como previsibilidade, igualdade e democracia[23].

Assim, a técnica da ponderação apenas poderá levar ao afastamento de uma regra jurídica quando restar demonstrado, de modo fundamentado, que os princípios que lhe são contrapostos superam, axiologicamente, o peso (i) da

---

[22] Assim, por exemplo, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 112 et seq. Em sentido próximo, mas com distinções sensíveis, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 201 et seq.

[23] A aplicação das regras promove a *previsibilidade* pela certeza de que a configuração de seus pressupostos de fato desencadeará a consequência estabelecida em seu enunciado normativo; a *igualdade*, pois cada agente social que se deparar com a hipótese de incidência de uma regra poderá se pautar, diante dos demais membros da comunidade, de acordo com o que ela prescreve, sem que seu regime jurídico fique a depender de padrões comportamentais vagas ou imprecisos, definidos casuisticamente; e a *democracia*, na medida em que o legislador, constitucional ou ordinário, ao fixar um comando normativo através de uma regra jurídica, já realiza desde logo uma decisão conteudística sobre o que *deve ser*, sem que delegue ao judiciário a maleabilidade na definição da conduta válida à luz do Direito. Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer:* a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 35 e 195-6; e, do mesmo autor, *Playing by the rules:* a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 135-66.

razão subjacente à própria regra e (ii) dos princípios institucionais da previsibilidade, da igualdade e da democracia. Deste modo, como afirma o prof. Luís Roberto Barroso especificamente quanto à tese da relativização da coisa julgada material[24], a técnica da ponderação, instrumentalizada pelo postulado da proporcionalidade, tem de ser usada com cautela, já que a previsão da coisa julgada como uma regra "reduz a margem de flexibilidade do intérprete".

A hipótese dos autos, no entanto, tende a caracterizar justamente a excepcionalidade capaz de autorizar o afastamento da regra da coisa julgada material, em prol dos direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica aos necessitados.

Com efeito, a Carta constitucional de 1988 fixou o princípio da *dignidade da pessoa humana* como um *fundamento da República* (CF, art. 1º, III). Disso decorre uma prevalência axiológica inquestionável sobre todas as demais normas da Constituição, que devem ser interpretadas invariavelmente sob a lente da dignidade da pessoa humana[25]. Assim, é a própria dignidade da pessoa humana que deve servir de norte para a definição das diversas regras e dos diversos subprincípios estabelecidos no texto constitucional, funcionando como verdadeiro vetor interpretativo para a definição do âmbito de proteção de cada garantia fundamental. Mais do que isso: é também a dignidade da pessoa humana que deve servir como fiel da balança para a definição do *peso abstrato* de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988[26].

Sob este prisma, no *núcleo essencial* da dignidade da pessoa humana há de ser tido como presente o *direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo*, que se desdobra, entre outros aspectos, na *identidade genética*[27]. A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a autoimagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores[28]. É com o conhecimento do estado de filiação que se fincam as

---

[24] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 226.

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direito fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 124-5; e SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 110.

[26] Segundo Robert Alexy, a ponderação de valores deve ser conduzida à luz do exame (i) do peso abstrato dos princípios em conflito, (ii) da intensidade de interferência, no princípio oposto, que se faz necessária para a preservação da eficácia de um direito fundamental, e (iii) da confiabilidade das premissas empíricas, nas quais se fundam as afirmações a respeito da configuração de violação ou de promoção da efetividade de uma norma fundamental (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, 2003. p. 433-449).

[27] BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: *Juris poiesis*, Edição temática: biodireito, 2004. p. 129; e MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 171.

[28] ALMEIDA, Maria Christina de. *O DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 79.

premissas da atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção no cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os iguais.

O projeto de vida individual, o plano pessoal de felicidade que todo membro da coletividade tem o direito de formular e a prerrogativa de almejar realizar, portanto, torna-se dependente da investigação da origem de cada um: ser reconhecido filho de seus genitores e ter ciência da própria origem biológica são prerrogativas ínsitas à necessidade do ser humano de conhecer a si mesmo e de ser identificado na sociedade[29]. É assim que o *status* de filho, mais do que fonte de direitos *patrimoniais*, ostenta um inquestionável viés *existencial*, como um substrato fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, na visão tradicional do direito civil, que vigorou até o progresso científico alcançado no último quarto do século passado, a posição particular da pessoa natural no seio social era definida predominantemente por seu *nome*. Era através desse sinal distintivo da personalidade, que a integra e a individualiza, que se alcançava a unidade fundamental, celular, da vida jurídica, que consiste na pessoa humana[30]. A construção da identidade pessoal, no entanto, sofreu forte influxo pelo desenvolvimento das pesquisas em torno do genoma humano[31], e que hoje figura como a última fronteira para a individualização da identidade pessoal.

É sob esse ângulo que se pode apontar, hoje, a construção de um direito fundamental à identidade genética, por força do qual se torna factível esclarecer, como antes não era possível, a origem e a historicidade pessoal de cada membro componente da sociedade, principalmente através do exame de DNA. A identidade, nesse novo contexto, passa a ser concebida como o *complexo de elementos que individualizam cada ser humano, distinguindo-o dos demais na coletividade, conferindo-lhe autonomia para que possa se desenvolver e se firmar como pessoa em sua dignidade, sendo, portanto e nessa medida, expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana*[32].

A imbricação entre tal direito e o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana é mais do que evidente. Deveras, o conteúdo semântico do termo *dignidade* remete à estima, ao valor que deve ser reconhecido a cada pessoa por seus pares e pelo Estado. Já em Kant se lia a lição, hoje tão em voga na doutrina contemporânea, de distinguir a valoração no mundo social segundo as categorias do *preço* e da *dignidade*, sendo esta última a medida ínsita à aferição do valor

---

[29] GOMES, Flávio Marcelo. *Coisa julgada e estado de filiação:* o DNA e o desafio à estabilidade da sentença. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 39 e 249.

[30] BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: *Juris poiesis*, Edição temática: biodireito, 2004. p. 127.

[31] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 99.

[32] BARBOZA, Heloísa Helena. A proteção da identidade genética. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana:* fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84.

moral que todo ser humano, por sua própria natureza, carrega em seu interior[33]. E este valor, essa individualidade própria a cada um, e que permite o amplo desenvolvimento da personalidade, depende do conhecimento das próprias origens, em especial no que toca ao seu substrato biológico.

É nessa linha, por exemplo, que a Constituição portuguesa de 1976, em seu art. 26, n. 3, prevê disposição que proclama, de forma expressa e categórica, o direito fundamental à identidade genética, vinculando-o diretamente à promoção da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

> **Artigo 26º**
> **Outros direitos pessoais**
> 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
> 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
> **3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica**.
> 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Não se ignora, evidentemente, que, no campo do direito civil, vem sendo reconhecido o estado de filiação por decorrência de três espécies de vínculos: jurídicos, biológicos ou sócio-afetivos[34]. No caso em exame, contudo, dada a inaplicabilidade da primeira e da última espécie de vínculo, já que não atingido o demandante por qualquer presunção estabelecida pelo direito material – ressalte-se que da certidão de nascimento consta apenas o nome de sua mãe, e não de seu progenitor (fl. 14) – nem tampouco recebedor do afeto indispensável ao convívio paternal, põe-se em discussão apenas a busca pela origem genética do autor, sem que essa pretensão conflite com qualquer outra lógica material de paternidade em vigor.

Ademais, a vinculação entre o direito à filiação, como condição para o desenvolvimento da personalidade, e o princípio da dignidade da pessoa humana

---

[33] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 81.

[34] BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: *Juris poiesis*, Edição temática: biodireito, 2004. p. 124-5: "Ao lado dos aspectos anteriormente abordados de forma panorâmica, deve-se considerar que a paternidade recebeu diferentes tratamentos legislativos e doutrinários no Brasil, podendo ser apontados três critérios para seu estabelecimento: a) o critério jurídico, previsto no Código Civil, sendo a paternidade presumida nos casos ali previstos, independentemente da existência ou não de correspondência com a realidade; b) o critério biológico, hoje predominante como antes mencionado, pelo qual prevalece o vínculo genético; e c) o critério socioafetivo, fundamentado nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, segundo o qual o pai deve ser aquele que exerce tal função, mesmo que não haja o vínculo de sangue."

resulta até mesmo do texto expresso da Constituição. Com efeito, a Constituição confere especial proteção à família, conforme art. 226 e seguintes. A previsão literal do direito à filiação encontra-se no § 6º, parte final, do art. 227, e que se insere no âmago, evidentemente, da própria configuração da entidade familiar. E é ao tratar do planejamento familiar, isto é, da forma como será conduzido o desenvolvimento da personalidade no seio da família, que a Constituição menciona expressamente, no § 7º do art. 226, que, "fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

De outro lado, também no *caput* do art. 227, a redação da Constituição torna clara a imbricação entre a família e a promoção da dignidade humana da criança, do adolescente e do jovem, ao afirmar ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". E as condições para o cumprimento de tal dever, que funcionaliza a entidade familiar em prol da consagração da dignidade de seus membros, dependem, como premissa básica, do estabelecimento do vínculo de filiação, alcançado através do conhecimento da origem biológica do autor nestes autos.

Há, portanto, até *textualmente* uma imbricação necessária entre direito à filiação, proteção constitucional à família e o princípio da dignidade da pessoa humana no sistema das normas constitucionais.

A relevância constitucional do direito à identidade já foi proclamada por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 248.869, como destacado pelo ministro Dias Toffoli em seu voto. Naquele julgado, ao se reconhecer a constitucionalidade da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizamento, após provocação, de demanda de investigação de paternidade, foi frisada a íntima conexão entre o direito à conhecimento da própria origem biológica e a dignidade da pessoa humana, conforme ementa da lavra do relator ministro Maurício Corrêa, *verbis*:

> *Recurso extraordinário. Constitucional. Processual civil. Legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade. Filiação. Direito indisponível. Inexistência de defensoria pública no Estado de São Paulo.*
>
> **1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade, a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o *direito à dignidade*, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º).**
>
> 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer

outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27).

4. A Lei 8.560/1992 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai.

5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade.

6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, art. 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, art. 129; CPC, art. 81; Lei 8.560/1992, art. 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas.

7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. [RE 248.869, rel. min. *Maurício Corrêa*, Segunda Turma, julgado em 7-8-2003, *DJ* de 12-3-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773 – **Grifo acrescentado**.]

Também a Convenção Americana de Direito Humanos prevê, em seus arts. 17 a 19, a proteção da família e da criança, fazendo menção expressa ao direito de que o menor possui com relação ao nome vinculado ao de seus pais – art. 18 –, de cuja interpretação conjugada deve-se extrair, inequivocamente, o direito fundamental à filiação, *in verbis*:

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18. Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Artigo 19. Direitos da criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

E milita em favor da pretensão do autor não só o peso abstrato que, no sistema constitucional, deve ser concedido ao direito fundamental à identidade. Com efeito, na realidade a eternização, *in casu*, do resultado da demanda anterior traduziria também uma quebra do direito fundamental à *assistência jurídica aos necessitados*[35], dever constitucionalmente imposto ao Estado brasileiro por força do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e sem o qual se mostra irrealizável a concretização igualitária, do ponto de vista material, e não apenas formal, da garantia do acesso à *tutela jurisdicional efetiva* (CF, art. 5º, XXXV).

É que o resultado da demanda anterior, como realçado pelo próprio magistrado sentenciante e não contestado por qualquer das partes, foi consequência da impossibilidade financeira de realização do exame de DNA. Não houve, assim, desídia ou culpa da parte autora na conclusão, que lhe foi desfavorável, do julgamento anterior de improcedência por insuficiência de provas; ao contrário, tal cenário foi fruto da inadequação do sistema estatal até então em vigor de amparo aos necessitados quando em juízo, que jamais poderiam ter, à luz do que prega a Constituição, a sorte de seus direitos pré-definida em função da carência e da hipossuficiência financeira em que se encontram.

O princípio da *paridade de armas*, que resulta da conjugação da garantia fundamental do contraditório (CF, art. 5º, LV) com o princípio constitucional da isonomia material (CF, art. 5º, *caput*), impõe que se reconheça como essencial o complexo normativo que assegura aos cidadãos necessitados o amplo acesso à tutela jurisdicional, suprindo-se, pela atuação do Estado, a carência material configurada em suas respectivas esferas jurídicas. E como tal direito exerce o papel instrumental de viabilizar a fruição dos demais direitos fundamentais que porventura sejam violados, a doutrina contemporânea tem reconhecido a indispensável conexão que também se verifica entre o direito à assistência jurídica aos

[35] O sentido e o alcance dessa garantia fundamental, com assento constitucional desde a Carta de 1934 (Art. 113, n. 32), foram magistralmente estudados por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 207-18.

desamparados e o *núcleo essencial da dignidade da pessoa humana*[36], porquanto verdadeira condição para a tutela efetiva das demais prerrogativas existenciais.

Não é possível negar, como se assentou mais acima, que também a coisa julgada guarda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que concretiza o princípio da segurança jurídica, assegurando estabilidade e paz social. Porém, tal conexão apresenta-se em grau distinto, mais tênue e, portanto, *mais afastada do núcleo essencial*[37] *do princípio da dignidade da pessoa humana* do que o peso axiológico que, somados, ostentam os direitos fundamentais à filiação (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). E é por essa razão que a regra da coisa julgada deve ceder passo, em situações-limite como a presente, à concretização do direito fundamental à identidade pessoal.

Ressalte-se que, na substância, a possibilidade de afastamento da coisa julgada material quando em causa relação de filiação, sob o fundamento da superveniência de exame de DNA até então não disponível, vem sendo sustentada, em certo sentido, e resguardadas algumas sutilezas, até mesmo pela doutrina que se mostra contrária, como regra, à relativização da coisa julgada material, como demonstram as manifestações dos seguintes autores: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. Nona Série; MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium, 2004. p. 276-7, entendimento também manifestado no livro *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo: RT, 2010. p. 191-8; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium, 2004. p. 242; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 363; BERIZONCE, Roberto Omar. La "relatividad" de la cosa juzgada y sus nuevos confines. *Revista de derecho procesal*, v. 2008.1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 179 e seguintes; GOMES, Flávio Marcelo. *Coisa julgada e estado de filiação:* o DNA e o desafio à estabilidade da sentença, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 294-7; FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium. p. 73-80; CHAVES, Adalgisa Wiedemann.

---

[36] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327 et seq. O prof. Cappelletti, nessa mesma linha, era expressivo ao afirmar que o acesso à justiça, com conteúdo igualitário, deveria ser entendido como "o mais básicos dos direitos humanos" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 12).

[37] E, como ensina a moderna doutrina do direito constitucional contemporâneo, a eficácia jurídica do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana se equipara, na realidade, à de uma regra jurídica, e não à de um princípio. Sobre o tema, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 282 et seq.

Efeitos da coisa julgada: as demandas para o reconhecimento da filiação e o avanço da técnica pericial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 27; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 173; ARMENLIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 223; CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium, 2004. p. 31-2; NETO, Odilon Romano. *Coisa julgada inconstitucional:* proposta interpretativa dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 174; e DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Ano I, Vol. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 18-21.

Esse conflito entre princípios fundamentais não pode servir, porém, como visto antes, para a ablação da garantia fundamental da coisa julgada sem quaisquer balizamentos, sob pena de se frustrar de forma absoluta o princípio da segurança jurídica.

Em primeiro lugar, a prova pericial vive hoje, no processo civil, um momento de crítica e de renascimento. O juiz, como se sabe, é titular do que se pode chamar de uma *cultura média*, porquanto, no que excede o campo do exclusivamente jurídico, seu conhecimento serve-se de noções de fato que estão dentro da experiência comum do lugar e do tempo em que vive. Não é de todo raro, porém, que no desenrolar de um litígio civil se faça necessário o apelo a conhecimentos técnico-científicos, que apenas um especialista nos domínios particulares do saber humano pode manusear com segurança e habilidade. E é nessas hipóteses que deve ocorrer a cooperação entre o perito – o *expert* técnico – e o julgador.

Mas essa cooperação não pode ser levada a cabo sem as devidas cautelas. Com efeito, há um grande risco de que o julgador simplesmente se demita da prestação da jurisdição, delegando-a ao *expert*, sem que tome em consideração a prova técnica produzida em seus devidos termos, isto é, como um componente da instrução processual, e que, para lastrear uma decisão de mérito, deve se submeter, como qualquer outro material probatório, ao dever de motivação inerente ao sistema do livre convencimento motivado de valoração da prova civil (CPC, art. 131)[38].

Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (*junk science*), que a Suprema Corte dos

---

[38] Alertam para esse risco ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil*: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 94 et seq; e GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil:* processo de conhecimento. 2010. v. II, p. 286-7.

Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso *Daubert vs. Merrell*, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo[39], a Suprema Corte, pela lavra do *Justice* Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper[40]; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada.

Na essência, como esclarece, neste ponto, o prof. Leonardo Greco, a "Corte Suprema americana, nesse *leading case* que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica"[41].

Esses novos questionamentos em torno da prova pericial não são capazes de pôr em xeque, *em abstrato*, a confiabilidade do exame de DNA para a definição da paternidade biológica. Com efeito, tal exame, que ostenta a natureza de prova estatística, é dotado de ampla aceitação na comunidade científica e de altíssimo grau de probabilidade de acerto, mencionado pelos estudiosos do tema como de 98-99% de chance de alcançar um resultado que corresponda à verdade[42]. No entanto, a verdade é que os índices abstratos de acerto do teste de DNA, para que se reflitam em uma prova técnica realizada em um processo judicial, dependem da confiabilidade *in concreto* do método científico realizado pelo laboratório especificamente designado pelo magistrado para a feitura do exame.

---

[39] TARUFFO, Michele. Ciencia y proceso. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 464.

[40] Para uma crítica desse primeiro critério, v. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil*: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 25 et seq.

[41] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil:* processo de conhecimento. 2010. v. II, p. 285.

[42] Em diversas passagens, tal índice de acerto é mencionado pelo prof. Michele Taruffo, reconhecido estudioso do tema da prova civil: Probabilidad y prueba judicial. In: *Páginas sobre justicia civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 434; Ciencia y proceso. In: *Páginas sobre justicia civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 459; para concluir, em outra oportunidade, que "*Vero* è *che il giudice* è *tenuto tutte la prove, ma riesce difficile immaginare che il valore probatorio del test genetico possa essere superato da prova ordinarie come testimonionza, presunzioni o scritture*" (La prova scientifica nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 1092).

No direito norte-americano, por exemplo, há propostas concretas de submissão de todos os laboratórios que realizam o exame de DNA a uma comissão de controle de qualidade, tal como sugerido pelo Conselho Nacional de Pesquisas dos EUA[43]. E isso se justifica pelo risco de falhas no resultado do exame em função (i) da inadequação do recipiente para armazenamento do material coletado – sangue, pele, raiz de cabelo, espermatozoide, células da boca, urina ou cromossomo sexual[44] –; (ii) da identificação correta do titular dos dados; (iii) de reagentes químicos eventualmente deteriorados; (iv) de excesso de temperatura no processamento, etc. Como sintetiza Alfredo Gilberto Boeira em estudo sobre o tema:

> Em resumo, a determinação do perfil de DNA para estabelecer a paternidade, embora merecedora de consideração, dista muito de ser o processo infalível que seus proponentes defendem. Em primeiro lugar, há uma aplicação inadequada de uma metodologia destinada a finalidades científicas (onde a incerteza é admissível) para a área jurídica (onde a dúvida deve beneficiar o réu). Em segundo lugar, a possibilidade de falhas técnicas está sempre presente e deve ser avaliada em todos os casos que o tribunal for examinar. Terceiro, as bases de dados em que se baseiam as afirmações estatísticas ou não existem ou são pouco confiáveis, e deveriam ser analisadas sempre que esta prova for apresentada ao juiz. E mesmo os dados baseados em tais fontes podem variar de forma acentuada, conforme a técnica de cálculo (Regra do Produto ou Regra da Contagem). Finalmente, as probabilidades oferecidas pelo exame são, na realidade, artifícios matemáticos desenvolvidos para facilitar conclusões científicas, não correspondendo ao que é difundido como verdade absoluta[45].

Em outras palavras, para que o exame de DNA seja admissível em um processo civil cercado por todas as garantias fundamentais previstas na Constituição, não basta que, na teoria, o método científico seja dotado de tal ou qual grau de confiabilidade. É preciso que o perito responsável pela realização do exame, no caso concreto, explicite o índice de acerto de que são dotados os seus particulares instrumentos e materiais técnicos utilizados na produção da prova, a exemplo das condições dos laboratórios – públicos ou privados – e da capacitação pessoal dos agentes envolvidos na interpretação dos resultados[46]. Só assim, com

---

[43] BOERIA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial: uma revisão crítica. p. 3. *Revista dos Tribunais*, v. 714, p. 296.

[44] TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. *Ajuris*, n. 63, p. 326.

[45] BOERIA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial: uma revisão crítica. p. 7. *Revista dos Tribunais*, v. 714, p. 296.

[46] Na verdade, já se afirmou, na doutrina específica, que, para que se possa atribuir ao laudo seu real valor, ele "deve ser o mais completo possível; redigido com linguagem acessível para o Juiz e leigos; descrever os métodos utilizados e como foi realizado o cálculo estatístico para apresentação da probabilidade de exclusão; identificar os técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste; identificar as possíveis fontes de erro e problemas na interpretação do resultado; e incluir no laudo fotografias das bandas de DNA ou o filme de Raio-X marcado, para o exame visual do resultado" (TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. *Ajuris*, n. 63, p. 326).

a demonstração do grau de confiabilidade da prova técnica *in concreto*, é que o exame de DNA poderá ser tido pelo julgador como apenas um dos elementos para a formação de sua convicção sobre os fatos controvertidos, sem que se possa vedar a possibilidade de refutação de seu resultado pela produção de contraprovas, inclusive de igual viés técnico, submetido todo o material da instrução ao livre convencimento motivado do juiz[47].

Ademais, no direito brasileiro, conforme jurisprudência desta Corte Suprema, sequer a própria realização do exame de DNA pode ser assegurada coercitivamente, o que leva à frustração do atingimento da verdade biológica. É que o réu ainda poderá esquivar-se da realização do exame de DNA sob o fundamento de violação à sua integridade física, como reconhece a jurisprudência deste STF a partir do HC 71.373-4, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, em posição posteriormente cristalizada nos arts. 231 e 232 do Código Civil[48] e na Súmula 301/STJ ("Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade").

Decorre daí que nada assegura que, no desenrolar de demanda em que se pretenda a relativização da coisa julgada, será definida com a certeza técnica se o réu é, de fato, o pai do autor; pelo contrário, é possível que a recusa do réu leve apenas à inversão do ônus da prova em seu desfavor, de modo que, não realizado o exame, militará contra ele a presunção de que é o pai. Partindo dessas premissas, é possível que a sentença de procedência em tal processo afirme a paternidade também por conta de uma verdade *formal*, isto é, uma verdade que não reflete o que se passou no mundo da vida. E, por conta disso, tal sentença em nada se distinguiria, do ponto de vista substancial, da "verdade" proclamada no primeiro processo, cuja conclusão se fundou apenas na aplicação ao caso das regras do ônus da prova, do qual o autor, à época, não conseguiu se desincumbir.

Em ambos os casos, portanto, o dispositivo da decisão, pela improcedência ou procedência do pedido, se funda na aplicação de regras formais à atividade do julgador, e não na *verdade real*, com a conclusão da sentença decorrendo apenas do fato da omissão ou da insuficiência da atividade probatória das partes – no

---

[47] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Processo de conhecimento*. Vol. II, 2010, p. 286; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil*: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 92; TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. In: *Ajuris*, n. 63, p. 331-2; MIRZA, Flávio. *Prova pericial – em busca de um novo paradigma*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Gama Filho, mimeografado, 2007, p. 165-6; e COSTA, Vladimir Morcillo da. *Prova pericial no processo penal*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mimeografado, 2010, pp. 107-111, nas quais se dedica especificamente à valoração do exame de DNA em litígios de matéria civil. No campo do direito civil, o mesmo risco, na realização do exame de DNA, é apontado por MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana – estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 175

[48] CC, art. 231: "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"; e art. 232: "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."

primeiro caso, o autor não reuniu as provas, ao passo que, no segundo, será o réu quem não terá colaborado com a prova.

Todas essas fragilidades, que comprometem em alguma medida a confiabilidade das premissas empíricas da perspectiva de promoção do direito à filiação no presente raciocínio ponderativo[49], conduzem à impossibilidade de que o princípio da segurança jurídica seja comprometido de forma absoluta em prol da cognominada busca pela *verdade real* no processo civil.

Ademais, o que se ressaltou acima a respeito da ponderação entre a regra da coisa julgada e os demais princípios em jogo não afasta a preservação da eficácia, e em um grau ainda que mínimo, do princípio subjacente à coisa julgada material, consistente na segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*). Com efeito, já restou claro que a manutenção da imutabilidade inerente à coisa julgada feriria de morte, *in casu*, o direito fundamental à filiação e a garantia da assistência jurídica aos desamparados. Contudo, essa superação da regra da coisa julgada não pode ser conduzida sem qualquer observância do princípio da segurança jurídica, cuja eficácia principiológica permite contrações de seu âmbito de proteção, devendo, assim, influir no próprio balizamento para a permissão da relativização da coisa julgada material em demandas de filiação.

Reitere-se, portanto, que o direito à filiação por certo ostenta uma conexão nuclear com a dignidade da pessoa humana. A partir, porém, (i) da previsão da coisa julgada como uma regra, que denota o prestígio que merece no conjunto de garantias fundamentais, (ii) da necessidade de preservação da eficácia mínima do princípio da segurança jurídica, que subjaz à própria coisa julgada material, e (iii) dos riscos que envolvem o exame de DNA, cuja perspectiva de realização nem sempre é idônea a trazer aos autos a verdade quanto à origem biológica, impõe-se balizar a relativização da coisa julgada com alguns parâmetros.

Na ausência de previsão legal específica, que poderia operar a conciliação adequada entre o princípio da segurança jurídica e os direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica, impõe-se buscar, no sistema processual em vigor, o regime mais aproximado e também tendente à tutela da segurança quando em causa o ataque à coisa julgada material, adaptando-o, porém, à ponderação ora desenvolvida. Preservar-se-á, assim, a eficácia mínima necessária do princípio da segurança jurídica, prestigiando-se, igualmente, o princípio democrático, pela adaptação às peculiaridades desta hipótese *sui generis* com a disciplina processual já prevista em lei.

O paralelo mais evidente a ser buscado, como é claro, é encontrado na ação rescisória (CPC, arts. 485 e seguintes). As regras especiais com que o legislador processual disciplina essa espécie de demanda têm em vista a sensibilidade de

---

[49] Como já dito, a confiabilidade das premissas de fato para a promoção dos direitos fundamentais em conflito é um importante elemento da técnica da ponderação, como ressalta, com amparo na lição de Robert Alexy, NETO, Cláudio Pereira de Souza. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. In: *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 151-3.

alguns valores fundamentais que sobrepujam a coisa julgada material, e cuja violação, por isso mesmo, não poderia ficar eternizada por conta do esgotamento das possibilidades recursais em um determinado processo. É assim, por exemplo, que, em um verdadeiro raciocínio ponderativo, explicitou o legislador que a coisa julgada poderia ser desfeita quando em pauta violações, por exemplo, à imparcialidade judicial (inciso I), à garantia do juiz natural (inciso II), à legalidade e à juridicidade (inciso V) ou ao direito à prova (inciso VII). Em todos esses casos o que fez o legislador processual foi mitigar o valor constitucional da segurança jurídica em prol de outros princípios constitucionais contrapostos, e que, assim, *obedecido o prazo decadencial de dois anos*, poderiam operar a desconstituição da coisa julgada material em caso de procedência do pedido.

O tema em discussão, como se vê, aproxima-se em alto grau da *teleologia* que subjaz ao regime da ação rescisória. Em outras palavras, e com especial atenção ao que prevê o inciso VII do art. 485 do CPC, o próprio sistema processual já tolera a fragilização da coisa julgada diante da alteração do cenário probatório, quando "depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável". Tradicionalmente, sempre se entendeu que o conceito de "documento novo" deveria se restringir a documentos que já *existissem* ao tempo da prolação da decisão rescindenda. Mas a doutrina, de forma mais recente, e com base em precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 300.084, *DJ* de 6-9-2004), tem defendido a interpretação ampliativa de tal dispositivo, para abarcar também o caso do advento da técnica que embasa a realização do DNA[50].

E é justamente essa exegese calcada substancialmente na previsão do art. 485, VII, do CPC que deve ser prestigiada, em uma interpretação conforme à luz do *direito fundamental à filiação* (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e da garantia fundamental da *assistência jurídica* integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV), para que se admita o ajuizamento de demandas em que se pretenda a desconstituição de decisão transitada em julgado que considerara improcedente demanda de investigação de paternidade por ausência de provas, dada a impossibilidade de realização, à época, do exame de DNA por hipossuficiência financeira da parte.

Do regime formal da ação rescisória, decorre, como já mencionado, a necessidade de respeito ao prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495). O referido prazo, como já dito, inspira-se no princípio constitucional da segurança jurídica: embora permitida a desconstituição da coisa julgada, tal resultado apenas pode ser validamente alcançado com uma provocação tempestiva, em um período pré-delimitado, impedindo o legislador, assim, que a justiça da decisão transitada em julgado permaneça passível de revisão a qualquer tempo, do que decorreria a instabilidade e a eterna incerteza nas relações sociais. Representa ele, portanto, a conciliação feita pelo legislador infraconstitucional entre os

---

[50] Por todos, cf. a lição do prof. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 2007. Nona Série.

princípios que estão por detrás de cada hipótese de cabimento da rescisória e o princípio da segurança jurídica, em que se funda a garantia da coisa julgada.

In casu, operou-se o trânsito em julgado da demanda anterior em 1992, ao passo que o processo ora em exame foi instaurado apenas em 21 de outubro de 1996. Por uma aplicação fria e rígida do referido prazo legal, portanto, haver-se-ia de concluir pela decadência do direito de propositura da ação rescisória, porquanto transcorridos quatro anos. Mas tal interpretação, caso prevalecesse, tornaria absolutamente ineficaz o direito fundamental à filiação, na medida em que não era sequer *viável, do ponto de vista prático, a realização do exame de DNA até 1996*, ano que entrou em vigor, no Distrito Federal, a Lei 1.097, de 5 de junho de 1996, segundo a qual cabe ao poder público distrital o custeio da referida prova técnica, e com isso superando o déficit de assistência jurídica até então configurado. Foi este fato, portanto, que fez surgir, do ponto de vista prático, a viabilidade do ataque à coisa julgada anterior, de modo que deve ser da *data da promulgação dessa lei a contagem do prazo para a impugnação à coisa julgada*, o que leva à conclusão, *in casu*, pela viabilidade da demanda.

Em outras palavras, a harmonização entre os princípios constitucionais da segurança jurídica, de um lado, e do direito fundamental à filiação e da garantia da assistência jurídica aos desamparados, de outro, consiste na aplicação analógica do marco inicial *flexibilizado* para o ajuizamento da ação rescisória, que não pode permanecer rigidamente contado da data do trânsito em julgado. Ao contrário, o marco para a contagem dos dois anos deve poder ser alterado quando demonstrado pelo autor, argumentativamente, que não pudera ajuizar, anteriormente, a demanda, pela impossibilidade prática de obtenção do exame de DNA. Desta forma, é apenas da data da possibilidade prática de obtenção do DNA que deve ser contado o referido prazo, pois apenas nesse momento que se mostra possível o exercício, *in concreto*, do direito à tutela jurisdicional efetiva, de modo que, apenas nessas condições, a omissão em fazê-lo poderá ser imputada à própria parte.

Nessa linha, e em razão da abertura deste parâmetro para a definição do marco inicial para o prazo de dois anos, deve ser entendido como *ônus do autor* da demanda a demonstração de que somente lhe foi assegurada a possibilidade prática de obtenção da nova prova no espaço inferior a dois anos contados da data da propositura. Caso não satisfeito tal ônus, o transcurso do prazo de dois anos, contados, como tradicionalmente, do trânsito em julgado da decisão anterior, formará a cognominada coisa soberanamente julgada, inalterável por qualquer demanda posterior. Na realidade, e em prestígio à segurança jurídica, deve-se fixar uma verdadeira *presunção de inadmissibilidade de revisão de decisões judiciais*, em hipóteses similares, *após o decurso do prazo de dois anos do trânsito em julgado,* mantendo-se a regra geral de que o prazo decadencial se conta a partir do marco previsto no art. 495 do CPC, presunção essa que só poderá ser superada *quando demonstrada robustamente a anterior impossibilidade de obtenção do exame de DNA*. E foi justamente isto que aconteceu no caso presente, como se vê dos trechos transcritos acima, da sentença anteriormente transitada em julgado, pela absoluta

impossibilidade prática, por questões financeiras, de realização do exame, dada a fragilidade do regime de gratuidade de justiça até então em vigor.

Ademais, não seria suficiente argumentar, sob este prisma, que a previsão constitucional do direito fundamental à assistência jurídica, inscrito desde a redação originária da Constituição de 1988, seria suficiente para concluir que o autor já poderia ter ajuizado a ação rescisória a contar do trânsito em julgado da decisão do processo anterior. Embora este raciocínio seja formalmente válido, a verdade é que não pode ser desconsiderada a maciça jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, ao interpretar as disposições da Lei 1.060/1950, afirmava a impossibilidade, sem previsão legal expressa, de atribuição ao poder público do dever de depositar os honorários do perito em causas de que fossem parte beneficiários da gratuidade de justiça.

Segundo aquela Corte, tal regime implicaria a isenção ao beneficiário dos honorários do perito (Lei 1.060/1950, art. 3º, V), que somente seriam pagos, ao final, caso vencido na demanda o adversário da parte beneficiária (Lei 1.060/1950, art. 11, *caput*). Foi seguindo essa linha que foram proferidos diversos precedentes pelo STJ afastando o dever de o poder público custear o exame: RMS 6.924/MS, rel. min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, *Quarta Turma*, julgado em 20-8-1996, *DJ* de 16-9-1996; AgRg na MC 851/MS, rel. min. *Carlos Alberto Menezes Direito*, *Terceira Turma*, julgado em 25-8-1997, *DJ* de 27-10-1997; REsp 112.599/MS, rel. min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, *Quarta Turma*, julgado em 29-10-1997, *DJ* de 6-4-1998; REsp 117.430/MS, rel. min. *Cesar Asfor Rocha*, *Quarta Turma*, julgado em 11-11-1997, *DJ* de 1º-2-1999; REsp 103.281/MS, rel. min. *Ruy Rosado de Aguiar*, *Quarta Turma*, julgado em 7-5-1998, *DJ* de 19-10-1998; REsp 107.001/MS, rel. min. *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, julgado em 1º-6-2000, *DJ* de 21-8-2000; REsp 101.760/MS, rel. min. *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 10-4-2001, *DJ* de 11-6-2001.

Apenas a contar de abril de 2002, com o julgamento do RE 224.775/MS, rel. min. Néri da Silveira (Segunda Turma, julgado em 8-4-2002, *DJ* de 24-5-2002), é que este Supremo Tribunal Federal considerou autoaplicável o art. 5º, LXXIV, da CF, com a finalidade de reconhecer a obrigação de o poder público custear o exame de DNA para os beneficiários da gratuidade de justiça, o que posteriormente veio a ser reafirmado no julgamento do RE 207.732, rel. min. *Ellen Gracie*, Primeira Turma, julgado em 11-6-2002, *DJ* de 2-8-2002.

Assim, como demonstrado na petição inicial deste processo (fl. 11), o cenário em que se encontrava o autor até o ano de 1996, data em que entrou em vigor a Lei distrital 1.097/1996, era de absoluta impossibilidade prática de realização do exame de DNA, já que os órgãos de cúpula do Judiciário não extraíam, até aquele momento, da cláusula constitucional da assistência jurídica o dever de que o poder público custeasse a prova. Desta forma, a atuação tempestiva da parte autora, aferida à luz da entrada em vigor da referida lei, eis que ajuizada a demanda em outubro de 1996, não pode ser infirmada apenas pela proclamação até então meramente solene, para o que importa à questão, do direito fundamental à gratuidade de justiça no texto da Constituição.

Assim, e em suma, deve-se ter por válido, à luz da Constituição, o afastamento da coisa julgada material, formada sobre decisão de improcedência *por falta de provas*, em demandas que envolvam *relação de filiação*, quando for alegada a viabilidade de *produção de prova técnica* capaz de reverter a conclusão do julgamento anterior, cuja realização só tenha se mostrado possível, do ponto de vista prático, pelo *avanço tecnológico superveniente*, somado à inadequação do regime da *assistência jurídica aos necessitados*, respeitado, em qualquer caso, o prazo de dois anos para o ajuizamento de nova demanda, que flui, por presunção *iuris tantum*, a contar do trânsito em julgado da demanda anterior, salvo nas hipóteses excepcionais em que restar também excepcionalmente demonstrado que apenas posteriormente se tornou viável, do ponto de vista prático, o acesso ao exame de DNA, cabendo ao demandante o ônus do afastamento da referida presunção.

Ex positis, voto no sentido de *dar provimento* ao recurso para afastar o óbice da coisa julgada material e admitir a continuidade do processo.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu assento também, como todos que me precederam, que o caso é *sui generis*.

Não se trata, simplesmente, de relativizar a coisa julgada, mas de examinar o cerne da questão sob análise. E aí verifico que o recorrente teve, na verdade, dois direitos fundamentais violados. Primeiramente, o seu direito fundamental de acesso à Justiça, porque o Estado não lhe prestou assistência integral judiciária gratuita para que ele pudesse fazer o teste de DNA, que lhe permitiria, eventualmente, provar que ele seria filho do recorrido.

Há um segundo aspecto, muito bem ressaltado pelo juízo de primeiro grau, de que disse estarmos diante de uma ação de estado, em que deve prevalecer a verdade real, e não a verdade ficta ou processual.

Eu observo, como também já foi assinalado pelos eminentes magistrados que fizeram uso da palavra, que, sobretudo nesta situação concreta que nós estamos examinando, o valor constitucional da imutabilidade da coisa julgada deve ceder lugar a outro valor, tão ou mais importante, que é exatamente a regra que também integra, de forma muito especial, o texto magno: a regra segundo a qual à criança e ao adolescente são assegurados, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Não fosse apenas isso, a subprocuradora-geral da República dra. Sandra Cureau afirmou muito bem, em seu parecer, que o direito à filiação, hoje, é um direito fundamental, abrigado na Carta Magna sob a rubrica do respeito incondicional à dignidade humana.

Aliás, esse aspecto foi também corretamente ressaltado pelo ministro Dias Toffoli, que notou em seu voto que hoje em dia já se cogita de um direito fundamental à informação genética, direito esse, como salientou o eminente relator deste processo, já reconhecido pela Corte Constitucional alemã.

Lembro também, como já foi assentado pelo ministro Fux, que o art. 226 da nossa Constituição estabelece que a família é a base da sociedade e que merece proteção especial do Estado. Portanto, é disso que se cogita também, fundamentalmente.

Nós estamos, então, diante de uma situação em que distintos princípios ou valores constitucionais se contrapõem e merecem, como disse o ministro Fux – e também o ministro Toffoli fez alusão a isso –, uma ponderação de valores segundo a conhecida fórmula do jurista alemão Robert Alexy.

Para Robert Alexy, princípios são mandados de otimização que comportam uma ponderação axiológica, sempre diante de um caso concreto e segundo três critérios que se fazem presentes na espécie: primeiro, adequação; em segundo lugar, necessidade; em terceiro lugar, proporcionalidade.

Há um outro autor alemão bastante conhecido e muito festejado nos meios jurídicos, Klaus Gunther.

Klaus Gunther é um especialista em teoria da argumentação e ele traz um aporte, inclusive novo, para essa discussão, dizendo que a compatibilização de normas conflitantes, é preciso que se faça necessariamente no contexto de um discurso ético.

Então, não bastam apenas os critérios aventados por Robert Alexy – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade –, porquanto, sem o discurso ético, essa ponderação de valores ficaria esvaziada.

Eu trago voto escrito, senhor presidente, mas nesses termos, empregando a técnica da ponderação de valores, que acabo de explicitar, e tendo em conta, sobretudo, razões de ordem ética, eu acompanho integralmente o belíssimo voto do relator Dias Toffoli, dando provimento aos recursos, afastando, no caso concreto, o óbice da coisa julgada, de maneira a anular a decisão que extinguiu o processo, e permitindo, dessa forma, o prosseguimento da investigação de paternidade.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, também eu, a exemplo dos demais votos já proferidos, reconheço a situação de conflito, de contraste entre princípios constitucionais, mais precisamente entre o princípio constitucional que determina a observância da cláusula da coisa julgada e a cláusula constitucional que assegura o direito ao conhecimento das origens genéticas de cada um – e eu não tenho dúvida, neste caso, e especificamente neste caso, em dar prevalência a essa segunda cláusula constitucional.

Acho que esta questão deve ser tratada caso a caso. Nós não deveríamos proferir uma decisão muito aberta, porque várias possibilidades podem surgir nesta matéria – inclusive, examinando na outra assentada, pude fazer anotações nesse sentido.

Eu acrescentaria apenas, a título ilustrativo e por curiosidade, o fato de que o próprio Tribunal de onde emana essa decisão que estamos reexaminando hoje, aqui, já evoluiu sobre esta matéria. Eu trago aqui – não sei se o ministro relator fez alusão – um entendimento totalmente diferente sobre o tema, um acórdão mais recente sobre o tema, emanado do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que diz o seguinte:

> *Família e processual civil. Ação rescisória. Investigação de paternidade. Repetição de ação. Novas provas. Possibilidade. Coisa julgada. Mitigação. Princípio da dignidade da pessoa humana.*
>
> *1. Todo indivíduo tem o direito fundamental à própria identidade e ao conhecimento de suas origens, prerrogativa que se insere no rol dos direitos da personalidade, valores da mais alta envergadura em nosso ordenamento jurídico, dotados de especial proteção constitucional e que não podem se curvar a regras de cunho estritamente legal e processual.*

Esse é um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferido anteriormente à decisão recorrida.

Eu acompanho o eminente relator à íntegra.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também não desconheço que, na doutrina e na jurisprudência, é assente o entendimento de que a decisão judicial que julga improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade por falta de provas – é o caso dos autos – faz coisa julgada material.

Pessoalmente eu tenho algumas ressalvas a fazer a esse entendimento, mesmo à luz do direito infraconstitucional. Por exemplo, o art. 469 do Código de Processo Civil:

> Art. 469. Não fazem coisa julgada:
> (...)
> II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

Ou o art. 471:

> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
> I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa [ou de trato sucessivo ou de prestação continuada, como nós dizemos aqui] sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Eu tendo a dar uma interpretação um pouco mais generosa a essas duas cláusulas processuais civis.

O fato é que, na linha do voto do relator e dos ministros que me antecederam, sobretudo os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, eu tendo a afirmar o juízo técnico de que a Constituição consagra valores no campo dos direitos fundamentais, que para ela se sobrepõem ou prevalecem sobre outros direitos fundamentais. Não todas as causas situadas no chamado "estado de fato", ou ações de estado, mas a do direito individual à identidade genealógica: o direito de conhecer a árvore genealógica do indivíduo, que é o de reconstituir os seus laços de família; ou seja, de buscar esse elo perdido da própria identidade biológico-familiar. Parece-me que esse direito é superlativo e de primeiríssima grandeza, e a Constituição faz, por antecipação, uma ponderação em seu favor.

A própria Constituição faz ponderação de valores, como que pré-excluindo a ponderação dos magistrados. Por exemplo, quando a Constituição diz que a família, lembrou o ministro Lewandowski, merecerá proteção especial – olhe o adjetivo "especial" – do Estado; ou quando diz que a criança e o adolescente têm direitos que serão tratados pela sociedade e pelo Estado "com absoluta prioridade". Isso aí é uma relação de trato sucessivo. Por quê? Porque enquanto se mantém o estado de criança ou de adolescente, não se abre mão jamais do direito à assistência material, educacional, ao convívio familiar. E mesmo quando se é adulto, a Constituição dá sequência a esse traço de prestação continuada ou de trato sucessivo das relações familiares, ao dizer que:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)

Isso é uma relação perene de trato sucessivo, que não se exaure no tempo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Seria o caso de indagar quantos anos o autor tem.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, perfeito, porque nós sabemos que a adolescência começa aos doze anos, mas, para efeitos legais, termina aos dezoito.

O sr. ministro Marco Aurélio: É que a prestação jurisdicional pela improcedência do pedido formulado foi entregue há mais de vinte anos.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas tem outra, ministro, o complemento da disposição constitucional:

> (...) e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice (...)

Ou seja, não há mais limite de idade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, ministro, não podemos olvidar que há também, nesse processo, a conotação patrimonial. Penso que o amparo é buscado não pelo pretenso pai, mas sim pelo pretenso filho!

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito, não desconheço também que, subjacente à propositura da ação de reconhecimento de paternidade, pode haver todo tipo de interesse, inclusive interesse material.

Mas o fato é que esse direito de reconstituir a história, a biografia do indivíduo, a partir da identidade do pai ou da mãe, ou de ambos, parece-me de

fundamentalidade autoevidente. E, no meu subjetivismo, parece-me que, do ponto de vista técnico-constitucional, suplanta a cláusula de intangibilidade da coisa julgada.

Se mais não fosse, há peculiaridades no caso que me levariam a remover o óbice da garantia processual da coisa julgada. Veja-se que, disse bem o ministro Lewandowski, o Estado falhou, inadimpliu, porque o que a Constituição diz é que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas a ação não é indenizatória contra o Estado.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, mas, no processo originário de investigação de paternidade, a prova ficou a meio caminho porque o Estado não bancou as despesas, porque já havia exame de DNA. O Estado é que não se dispôs a custear as respectivas despesas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas por que o autor não insistiu nisso, dentro do processo, para que o Estado cumprisse a promessa constitucional de dar assistência jurídica gratuita?

O sr. ministro Ayres Britto: Essa é a segunda peculiaridade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Se havia a obrigação do Estado.

O sr. ministro Ayres Britto: Olhe a segunda peculiaridade processual: o autor atual não esteve presentado na ação originária; ele esteve representado na ação originária. E ele vai pagar por todas as consequências de uma incúria, de uma inépcia eventual de quem o representou?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, se formos raciocinar e escusar sob fundamento de erro de advogado, vamos revogar coisa julgada todos os dias.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, mas aqui é diferente, ministro, pois se trata de representação de um menor, em tema de bem de personalidade.

O sr. ministro Luiz Fux: Nesse particular que Vossa Excelência mencionou, inclusive, é da tradição do nosso direito, em primeiro lugar, as ações de Estado serem imprescritíveis; em segundo lugar, não correr nenhum prazo contra o incapaz.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Não correria o prazo contra o incapaz porque ele não esteve presentado, ele esteve representado em face da sua incapacidade. Exatamente. Então, é uma relação de trato sucessivo, é uma relação de prestação continuada.

E, parece-me que a Constituição, aqui, faz, ainda que por implicitude, uma ponderação de valores em favor desse tipo de direito elementaríssimo: a busca da própria identidade biológico-familiar, ou genealógica; na linha, portanto, dos votos já proferidos, notadamente os votos dos ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

Sem esse reconhecimento da própria identidade biológico-familiar, genealógica, o indivíduo deixa de desfrutar de outros direitos fundamentais, como,

por exemplo, o direito de herança. Claro que tem conotação patrimonial, material, sim, mas é direito igualmente previsto na Constituição e que depende dessa busca da identidade, que o ministro Fux está chamando de "pessoal" – e realmente é a busca da identidade pessoal.

Em suma, há um elo perdido que torna o indivíduo incompleto, atormentado, infelicitado, inseguro psicologicamente, buscando como que o complemento de sua personalidade. A falta de conhecimento desse elo torna incompleta a biografia do indivíduo. Vale dizer, a personalidade não se perfaz, no sentido constitucionalmente biográfico. Aliás, José Afonso da Silva fala da "pessoa" de que trata o art. 5º da Constituição, não como a pessoa puramente biológica, como também em sentido biográfico.

Diante dessas considerações, acompanho o brilhante voto do relator, no sentido de conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, há casos tão importantes, e a cada dia nós nos defrontamos com casos tão relevantes, que a gente vive tentado a toda hora a pedir vista, porque é quase que uma sina esse tipo de conflito. Ao mesmo tempo, também, o pedido de vista é impraticável, como nós sabemos, diante da pletora, da avalanche de processos.

Eu gostaria, também, presidente, de poder trazer uma fundamentação muito mais desenvolvida a propósito deste tema, a despeito do muito bem elaborado voto trazido pelo ministro Dias Toffoli e, agora, secundado especialmente pelo voto do ministro Luiz Fux e dos votos que seguiram.

Esta é uma temática que de quando em vez surge. Eu mesmo, na época advogado-geral da União, já tive oportunidade de presidir seminários e de discutir, especialmente, a temática da chamada coisa julgada inconstitucional.

Todos nós, certamente, nos lembramos das lições de notáveis processualistas brasileiros que se posicionaram no sentido de uma solução para além da ação rescisória, além das fórmulas já discutidas. O ministro Fux, aqui, fez referência à necessidade de eventualmente se fazer a ampliação do próprio prazo para a ação rescisória.

Nós conhecemos, no sistema de direito comparado – de alguma forma entre nós também se adotou essa possibilidade –, na linha da chamada nulidade da lei inconstitucional, naqueles casos em que fica flagrante a nulidade da lei inconstitucional que foi aplicada, não de se fazer uma rescisão, propriamente, fora do tempo, mas de se apresentarem embargos à execução com força pelo menos rescindenda, rescisória ou paralisante do acórdão. Isso tem previsão expressa na Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, que prevê a possibilidade de, em caso de coisa julgada com base numa lei inconstitucional, se aquele acórdão vai à execução, poder a outra parte manejar os embargos de declaração com base no princípio da nulidade da lei inconstitucional. Aqui, claro, implícita

nessa construção está uma ponderação entre a ideia de coisa julgada e o princípio da nulidade da lei inconstitucional enquanto princípio constitucional.

Conforme demonstrou o ministro Dias Toffoli em seu brilhante voto, aqui nós temos uma situação que é bastante singular, destacada também no voto do ministro Britto; porque a prova não foi feita, embora técnica e tecnologicamente fosse possível fazê-la naquele devido tempo, em razão da falta de recursos e, talvez, como acaba de dizer agora o ministro Peluso, de uma certa falta de diligência por parte daqueles que eventualmente representaram o recorrente, a pessoa que agora busca essa revisão.

Por outro lado, e vou me dispensar de fazer qualquer outra consideração, é um truísmo reconhecer a importância desse direito – como acaba de destacar o ministro Britto, e vários votos já fizeram essa referência – a uma identidade, na verdade. Tanto é que, na jurisprudência comparada e na discussão que se trava sobre a nossa fórmula, a solução que nós acabamos por desenvolver em torno do DNA – eu me lembro aqui do voto vencido, num caso em que o ministro Marco Aurélio foi relator, sobre a obrigatoriedade ou não do DNA e me lembro do voto do ministro Francisco Rezek – falava desse direito de autodeterminação, de um direito à própria identidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nesse caso, o Tribunal assentou que o pretenso pai não poderia ser conduzido debaixo de vara para dele ser retirado um fio de cabelo, ou mesmo sangue, objetivando fazer o DNA.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E nem vai poder obrigar aqui.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, é interessantíssimo, porque o efeito prático deste julgamento será nenhum. Por quê? Duvido que esse pai, porquanto deve ter sido tentada a feitura do exame do DNA pelos meios suasórios, os meios alusivos ao entendimento, se prontificará a fazer esse exame. E será que o Tribunal reabrirá a ação para a feitura de qualquer outra prova?

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, pela ordem. Ministro Marco Aurélio, nesse caso específico o processo foi extinto sem análise do mérito, com a simples alegação de ofensa à coisa julgada. A partir do momento em que, no recurso extraordinário, nós reconhecermos que é possível reabrir a coisa julgada, porque surgiu uma prova capaz de influir no resultado da decisão, de duas, uma: ou o pai faz o exame de DNA ou ele não faz e opera-se a presunção contra ele. Resolve-se o problema.

O sr. ministro Marco Aurélio: *Data venia*, hoje temos norma legal prevendo que a recusa a fazer o exame de DNA não leva à presunção absoluta. Há dispositivo legal que determina, para valia, a consideração de outros elementos contidos no processo.

O sr. ministro Ayres Britto: Pois é, o conjunto probatório.

O sr. ministro Luiz Fux: Outros elementos. Há uma súmula do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quais seriam esses outros elementos? Os apurados na ação anterior ou o Tribunal determinará a reabertura plena da fase probatória?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas ainda que a nossa decisão não tenha eficácia no caso concreto, como nós reconhecemos a repercussão geral, estamos estabelecendo uma regra para casos análogos em que certamente haverá um desfecho diferente.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas tem eficácia.

O sr. ministro Ayres Britto: Fica a tese.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Nós estamos julgando dentro do que se pede, e o que se pede é isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, a mim me parece que, do ponto de vista substancial, do ponto de vista substantivo, nós estamos a falar realmente num direito à própria identidade, tanto é que, nos comentários e críticas que se fazem à nossa decisão, à jurisprudência majoritária e, também, à jurisprudência de direito comparado, que, eventualmente, permite a negativa da prestação da prova, diz-se que aqui talvez teria que se fazer um outro balanceamento. Não se trata sequer de resolver o problema com base apenas na presunção. Há um *quid* de psicológico na busca dessa identidade, que vai para muito além da questão patrimonial. Não se trata apenas de fazer um registro no cartório, mas de fato saber quem é o seu pai, de onde vem. Não se trata apenas de resolver a questão do ponto de vista civil, cartorial, para todos os efeitos, mas há um liame psicológico que diz respeito à própria identidade da pessoa; o seu modo de ser no mundo. Isso é extremamente importante. Eu, inclusive, em outro momento, se essa questão se colocar, vou me permitir pelo menos pensar criticamente em relação a esse balanceamento.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência me permite? Aqui o aspecto material, não do ponto de vista de fato, mas do ponto de vista jurídico, é um *minus*, porque o que se está buscando é o elo identitário do ser humano. Esse elo perdido, que precisa ser resgatado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É claro que a solução do STJ é, por todos os títulos, louvável, porque ela, diante dos impasses verificados, do ponto de vista jurídico e jurídico/processual, encaminha uma solução. Mas é preciso, inclusive, que nós saibamos que isso é um *provisorum* no contexto dessa ânsia, angústia por ter uma definição, quer dizer, a certeza que a ciência permite. É disso que se fala.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): No meu voto, ministro Gilmar Mendes, inclusive eu destaquei muito esse aspecto relativo à evolução da legislação sob o impacto da jurisprudência do Poder Judiciário, e também desta Suprema Corte, ao longo do Século XX, no sentido de se abolir as ficções legais. E ainda temos algumas ficções que são, hoje, construídas por sentença judicial.

O sr. ministro Ayres Britto: Pela verdade real.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Substitui a ficção legal que havia, tão prejudicial, por uma ficção de sentença. E não é disso que se trata. Trata-se da busca da verdade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A sentença não contem ficção nenhuma. Ela simplesmente julgou a ação improcedente. Simplesmente disse que não havia prova do fato constitutivo e, nesses termos, julgou a causa.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): E também fiz em meu voto uma distinção de que, neste caso específico, a busca por essa paternidade, pela certeza ou não dessa paternidade, não conflita com nenhum tipo de outra busca, tal qual a paternidade afetiva, por exemplo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, a busca foi assegurada. E vou lhe dizer mais uma que está nos autos. Vossa Excelência viu bem: o mesmo autor já havia proposto outras ações e delas desistiu. Está, aqui, na sentença!

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas não houve julgamento?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Propôs outras ações e desistiu.

O sr. ministro Ayres Britto: De improcedência da ação, senão por falta de prova.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Desde quando, pois, o Estado recusou, sem razão, ao ora recorrente, a busca da sua identidade?

O sr. ministro Luiz Fux: Há um detalhe, ministro Dias Toffoli, que Vossa Excelência destacou no seu voto, um detalhe singularíssimo: a parte propôs a ação no prazo de dois anos a partir da data em que surgiu uma lei no Distrito Federal permitindo a realização gratuita de DNA. Isso não é comum!

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas por que seria esse o termo inicial, até para aferir-se o prazo decadencial da rescisória?

O sr. ministro Luiz Fux: Ele propôs em dois anos.

O sr. ministro Marco Aurélio: O ajuizamento ocorreu vinte anos após a entrega aperfeiçoada da prestação jurisdicional.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas é agora que estão surgindo esses reclamos.

O sr. ministro Marco Aurélio: A segurança jurídica fica ferida de morte.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, se me permite ainda. Eu não vou fazer diletantismo aqui, absolutamente, mas o conceito constitucional de família é o mesmo conceito constitucional de nação.

São duas realidades atemporais. Pouco importa que sejam vinte anos, trinta anos. A intertemporalidade ou a atemporalidade é elemento conceitual da família, porque, numa família, como numa nação, o que se ata é a ancestralidade, a coetaneidade e a posteridade: espécie de linha imaginária que liga o passado, o presente e o futuro.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, tenho o maior receio desse argumento, porque, a ser considerado consistente, vamos possibilitar que todas as ações julgadas até hoje improcedentes sejam reabertas, até pelos sucessores.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, estamos dizendo identidade, a busca da identidade biológico-familiar do indivíduo.

O sr. ministro Luiz Fux: Presidente, pela ordem.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ah, é só seu ponto de vista.

O sr. ministro Luiz Fux: Não. Vossa Excelência pode ver na abertura do julgamento se isto não foi balizado. Isso foi balizado. Eu sou contra também, estou de acordo com Vossa Excelência.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas como ação rescisória? Prazo de dois anos como ação rescisória?

O sr. ministro Luiz Fux: Está balizado que é restrito aos casos de gratuidade, nesse caso específico. Está balizado na abertura dos trabalhos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu sei. Eu, por ora, não estou rebatendo o argumento de Vossa Excelência. Estou rebatendo o argumento do ministro Toffoli. Ele diz que é intemporal. A levar às últimas consequências, então...

O sr. ministro Ayres Britto: Eu estou dizendo que é por isso que é uma relação de trato sucessivo; é pela atemporalidade do conceito jurídico.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas qual é a relação jurídica se se está querendo justamente averiguar a existência da relação?

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, eu estou sendo coerente com o meu voto. Eu disse que a busca desse elo perdido, esse elo identitário, se dá num contexto biológico-familiar. Foi o meu voto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Falar em família, no caso, presidente, quando se discute a paternidade como se fosse algo já assentado?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Trato sucessivo haveria, se a paternidade renascesse a cada mês. Paternidade é uma coisa só, existe ou não existe. É relação permanente.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, eu digo quanto às consequências do reconhecimento.

O sr. ministro Marco Aurélio: E não há relação jurídica. Se houvesse relação jurídica continuada, já estabelecida, teríamos a incidência do Código de Processo Civil quanto à ação de revisão. Mas não é o caso.

O sr. ministro Ayres Britto: Aliás, o ministro Lewandowski também falou em família – e o ministro Fux também.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, só uma observação. Vossa Excelência tem toda razão. A jurisprudência, o resultado de um julgamento, tem uma repercussão que nós não podemos desconhecer. Então, antigamente, havia a presunção *pater is est*. Era uma presunção – como hoje o pai que não faz o exame

também tem a presunção – de paternidade. Evidentemente, se não balizarmos, as varas de família vão virar um tumulto; ou seja, os pais que foram considerados pais pela presunção podem querer também fazer exame de DNA para reabrir, e os filhos também. Então, realmente, temos que balizar, porque tudo hoje tem que ter modulação temporal, senão o ordenamento jurídico fica um fator de grave insegurança.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas a baliza decorre da própria configuração fática do caso a que se está submetido.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro Gilmar, levando em consideração o que Vossa Excelência falou, eu consideraria a possibilidade de, se ajuizada dentro do biênio legal, tomar esta ação como ação rescisória. Isso eu acho tolerável, porque, na verdade, se pode dizer tenha havido violação de norma constitucional, que é aquela que garantia a assistência jurídica gratuita e integral. E já era suficiente para rescindir a sentença.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas o prazo aí já passou.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Esse é que é o problema.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, teria que averiguar, mas, na época, sequer estava em vigor a Carta de 1988, que realmente deu envergadura maior à assistência jurídica e judiciária. Hoje, o autor recorrente tem 29 anos, 6 meses e 1 dia.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): O que se balizou, à época do início do julgamento, na repercussão geral, foi o fato de já haver a possibilidade do exame de DNA e de ter sido requerido esse exame. O autor da ação, representado à época por sua genitora, peticionou então ao juiz pedindo a realização desse exame; o juiz deferiu a realização desse exame; determinou-se, então, que se depositasse o valor do exame; a parte então requereu que o Estado subsidiasse esse exame; foi notificado o Estado, e o Estado disse que não tinha condições de subsidiar esse exame. Feito isso, os autos vão ao juiz, que sentencia improcedente a ação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por isso mesmo, ministro, é que o juiz violou literal disposição da Constituição Federal.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Só para concluir: a delimitação da repercussão geral que aprovamos na sessão anterior, de início deste julgamento, foi limitada a esse contexto.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A esse quadro.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A abordagem do presidente é extremamente interessante. Se nós considerarmos aqui, até por um fundamento, uma *causa petendi* aberta, haveria violação ao princípio da proteção judicial efetiva. É disso que se cuida.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Violação literal a disposição da Constituição.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E nós teríamos a superação do prazo rescisório.

O sr. ministro Luiz Fux: É, porque se Vossa Excelência considerar que houve violação à Constituição Federal, ela ocorreu para trás.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Em 1992.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, é por isso que estamos pensando nos limites do precedente.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas é possível modular isso. O importante é a tese; modular a tese é possível.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas o ministro Gilmar Mendes colocou muito bem. A modulação se dá pelo próprio contexto fático que está sendo analisado. A matéria está bem balizada.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Fático do quadro que nós estamos julgando.

O sr. ministro Luiz Fux: Se for lida a certidão de abertura do julgamento, estará aí.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É, eu entendi desde o começo. A situação, de fato, é chocante e sensibiliza, tendo em vista a existência, a possibilidade e a disponibilidade do exame; o pedido feito pela parte; a tentativa de obter o exame; e a impossibilidade de custeá-lo. De fato, onde está a falha do aparato estatal, aqui manifestado pelo Poder Judiciário? Não ter tomado qualquer providência. Aqui há uma falha no que diz respeito a um dever de petição.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas de ofício?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até poderia.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Não, houve o pedido. Deveria ter-se determinado que o poder público arcasse, assim como o legislador local o fez depois: criou a lei.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas por essa razão é que o interessado deveria ter recorrido alegando isso. E quando não recorreu e não alegou, poderia ter alegado na rescisória.

O sr. ministro Marco Aurélio: Estamos julgando no vazio.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não, eu tenho a impressão de que a delimitação fático-jurídica está balizada, tendo em vista exatamente essas peculiaridades.

O sr. ministro Marco Aurélio: E o Tribunal decide apenas para que seja feita essa prova, ou seja, nesta ação, que renova a anterior, não se poderá produzir outras provas, permitida a confissão.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, poderá produzir.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Que se reabra o processo de investigação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Dando provimento para cassar a sentença.

O sr. ministro Luiz Fux: Para cassar a decisão. Reabre-se a instância.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Superar o óbice.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Afastado o óbice da coisa julgada para que a ação prossiga.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ou seja, estamos transformando a ação proposta em rescisória, sem submissão a prazo decadencial, já que os dois anos estão multiplicados por dez.

O sr. ministro Ayres Britto: Remove-se o óbice.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Só para balizar o caso concreto. Esta ação atual que estamos a julgar foi proposta e, em despacho saneador, foi rejeitada a tese da coisa julgada, determinando-se, então, o deferimento do exame de DNA. Dessa decisão saneadora, interpôs o recorrido o recurso de agravo ao tribunal local, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Esse Tribunal, então, determinou a extinção da ação, exatamente por entender que havia coisa julgada material. E é contra essa decisão que se interpõem os presentes recursos extraordinários. Tanto o Ministério Público quanto a parte recorrente interpuseram recurso extraordinário, ao qual demos repercussão geral e estamos aqui a julgar. Ao se dar provimento aos recursos extraordinários, retomar-se-á o feito a partir do despacho saneador, com as provas ali deferidas, entre elas o exame de DNA. Essa é a situação fática do caso, senhor presidente.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Na verdade, dentro desses limites, portanto, já tão bem delineados a partir do voto do relator, também me manifesto no sentido de que seja afastado o óbice da coisa julgada suscitada, para que se prossiga na ação como de direito, fazendo-se o exame.

Agora, parece-me que o caso já está marcado – como destacou o ministro Luiz Fux – por todas as suas singularidades. Não me parece que nós estejamos a autorizar aqui uma revisão geral de todos os casos. Agora, estamos aceitando, sim, que, tendo em vista os valores envolvidos, os conflitos que se estabeleceram, que se dê primazia ao prosseguimento da ação ou àquilo que Vossa Excelência acaba de explicitar, a ideia de proteção judicial efetiva, afastando-se o óbice aqui suscitado da coisa julgada.

Vou me limitar. Se formos especular sobre as várias hipóteses, e de forma cerebrina, muito provavelmente vamos distorcer o caso e chamar atenção para situações que obviamente não estão sendo discutidas.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Eu destaquei, inclusive, no meu voto, que aqui não há conflito entre a procura da paternidade biológica e uma eventual paternidade afetiva, que nunca se pôs no caso concreto.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, tenho a impressão de que não podemos produzir uma solução que seja enganosa para nós mesmos.

Nós vamos balizar de acordo com o caso concreto. Então, o beneficiário da justiça gratuita pode realizar o DNA, pode reabrir instância e realizar prova nas hipóteses em que ele teve obstada essa realização em razão de ter sido julgado improcedente o pedido.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Em razão da omissão do Estado em não prestar esse exame.

O sr. ministro Luiz Fux: No Brasil, com a carência que temos, deve ocorrer em 80% dos casos das varas de família. Em várias varas de família as pessoas pobres não puderam fazer esse exame.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas, ministro, nós estamos afirmando um direito novo, o direito à identidade genética. Isso tem um preço, tem um ônus, e nós temos de arcar com esse ônus. Nós somos a Suprema Corte.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu sei. Esse ônus eu suportei pela vez primeira, porque quem votou depois do relator fui eu.

Eu digo o seguinte: se Vossas Excelências estão preocupadas com a questão do tempo, então é preciso enfrentar qual é o prazo que a parte tem para fazer isso. Eu acho que essa questão é importante, porque deram repercussão geral.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, até porque, do contrário, se instaura a absoluta insegurança jurídica em relações familiares.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu concordo com o ministro presidente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Consideradas as vantagens obtidas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Agora, presidente, a dificuldade neste caso específico – o próprio ministro Fux explicitou – é que a propositura da ação se fez dois anos após a legislação local permitir.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Que é o caso!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas, veja, nós não temos condições de fixar isso de forma genérica.

O sr. ministro Marco Aurélio: Deixar para examinar caso a caso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Se, por acaso se colocar a necessidade, que examinemos topicamente, ou que daqui se dimane uma orientação que vá permitir ao juiz ou ao tribunal aferir *in concreto.*

Quando a gente fala da proporcionalidade – porque aqui estamos falando de ponderação –, a gente fala também da proporcionalidade *in concreto*, que é o exame da questão, tendo em vista o fazimento, a realização de justiça no caso concreto. Tanto é que o ministro Sepúlveda Pertence, naquele caso do exame do DNA, quanto à obrigatoriedade ou não, votou no sentido da obrigatoriedade.

O sr. ministro Marco Aurélio: É interessante, é interessante: os conservadores do Tribunal me acompanharam, já os liberais, não.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim. O ministro Pertence, que votou no sentido da obrigatoriedade, tendo em vista essa ideia da identidade genética, do direito de personalidade, num outro caso, com outra configuração, manifestou-se num outro sentido.

Qual era esse outro caso? Aqui, um suposto pai de alguém, ou que afirmava que numa relação extraconjugal seria o pai de alguém, propõe uma ação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O terceiro, não é?

O sr. ministro Gilmar Mendes: O terceiro. Ação de investigação de paternidade. Para afastar qualquer dúvida, pede que o pai, aquele presuntivo, aquele que constava do registro, se submetesse ao exame.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas não foi o caso por mim relatado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Foi outro caso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Estou dizendo que essa é a configuração desse outro caso de que foi relator o ministro Sepúlveda Pertence.

Nesse caso, o ministro Sepúlveda Pertence, que defendera a obrigatoriedade naquele primeiro precedente, agora se manifesta no sentido da não obrigatoriedade, invocando a ideia de proporcionalidade em sentido estrito. Seria, realmente, levar ao absurdo essa possibilidade. Por quê? Porque a própria proposta já continha um vexame imposto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Havia um pai reconhecido e constante da certidão de nascimento.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Pai reconhecido e que até então nunca tivera sua situação registrada. Veja, a configuração fática é que vai permitir esse juízo.

Parece-me, então, que, se ficarmos no âmbito da proposta do voto do relator, agora delineada a partir do voto do ministro Luiz Fux, creio que teremos dado a devida dimensão e encaminhado bem a solução para a questão. Claro, haverá sempre novas perguntas, mas, para isso, os próprios juízes – a partir das diretrizes emanadas deste julgamento e, eventualmente, de um novo recurso extraordinário – permitirão a solução da controvérsia.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós não estamos fixando parâmetros temporais desde já.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não, não; até porque eu me sinto totalmente incapaz de fazê-lo. Veja que, neste caso, a lei surgiu quanto tempo depois da solução, não é?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência está dando provimento?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Dando provimento, acompanhando o relator.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, certa vez, li – e colhi a máxima de um doutrinador – que há mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto, para salvaguardar as aparências de justiça. Também me considero, presidente, na Suprema Corte, mas, desde cedo percebi que, quanto mais remota a possibilidade de revisão de uma óptica, maior deve ser o apego ao direito posto, maior deve ser a fidelidade aos princípios, maior deve ser o receio em claudicar na arte de proceder e de julgar.

Não é por não existir, acima do Supremo, órgão capaz de examinar o acerto ou o desacerto das decisões que profira que poderemos, simplesmente, fechar a legislação e deixar de lado a Constituição Federal para implementar – segundo nosso critério, nossa formação simplesmente humanística, colocada a técnica em segundo plano – a solução que entendamos mais adequada.

Presidente, repito que este julgamento, a meu ver, cairá no vazio, a não ser que se empreste à ação ajuizada – renovada, diria – contornos de ação rescisória e se retire do mundo jurídico o pronunciamento judicial anterior como um todo.

Afirmo isso porque tive, presente a Lei 8.560, de 1992, o art. 2-A, decorrente de uma lei de 2009, a Lei 12.004, que previu:

> Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Preceituando o parágrafo único:

> A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA [pois, inclusive, esta Corte, ao julgar um *habeas corpus*, proclamou que não há obrigatoriedade de o cidadão se submeter] gerará a presunção da paternidade [e vem a parte final] a ser apreciada [essa presunção] em conjunto com o contexto probatório.

O contexto probatório, na ação anterior, foi no sentido da improcedência do pedido formalizado. E o que está prevalecendo é que não se teria feito uma prova por insuficiência de recursos, e que já nessa ação nova será feita essa prova. E que o Estado, portanto, teria deixado de subvencionar o custo da prova.

Presidente, aos 64 anos, não acredito mais em papai noel. Não posso simplesmente potencializar o problema genético, alusivo ao conhecimento da paternidade, ao decidir esta causa.

O autor da ação proposta tem hoje 29 anos, 6 meses e 1 dia de idade. E, logicamente, nesse ajuizamento – não conheço também a situação patrimonial do pretenso pai –, o aspecto patrimonial se faz em jogo, para querer discutir essa mesma paternidade desconhecida há 29 anos.

Senhor presidente, colho da ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça – e a jurisprudência admite a rediscussão da paternidade naqueles casos em que a decisão anterior foi prolatada antes de ter-se o exame de DNA:

Havendo sentença transitada em julgado que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada nesse sentido, em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do artigo 468 do Código de Processo Civil, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica: hipótese de extinção do feito sem julgamento do mérito.

Reconheceu-se, portanto, o pressuposto de desenvolvimento válido do processo, pressuposto negativo, a coisa julgada. E valeu-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal de um precedente – de lavra das mais ilustres – do nosso saudoso ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Sua Excelência, julgando o Recurso Especial 107.248/GO, fez ver:

Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.

1. Seria terrificante [é uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos cidadãos em geral, e devo dizer que, há 20 anos, não tive contra mim ajuizada nenhuma ação de investigação de paternidade, como também pretendo que jamais a tenha] para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a coisa julgada [na ação civil pública, julgado improcedente o pedido formulado por insuficiência de prova, é possível a renovação, segundo a lei de regência] pudesse o magistrado abrir comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão no artigo 485.

2. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado com decisão já transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

Presidente, a coisa julgada tem envergadura constitucional. Nem mesmo a lei pode feri-la de morte. É mitigada pela própria Carta da República – no que prevista a ação rescisória –, mas considerado um prazo delimitado, que não é o de vinte anos.

Temos que, repetindo-se uma ação, as mesmas partes, a mesma causa de pedir, o mesmo pedido, incide a coisa julgada, tal como definida no art. 468 do Código de Processo Civil, e o próprio Código consigna, quanto a esse pronunciamento que a estampa, que tem força de lei. Nem se diga que se trata de relação jurídica continuada, porque não há – por enquanto – relação jurídica alguma.

O art. 471 do Código de Processo Civil refere-se à ação revisional. Pressupõe a existência da relação jurídica continuada. Não conhecemos, em nosso ordenamento jurídico, decisões submetidas a condição resolutiva. Que

condição resolutiva seria essa? A lei superveniente que veio a compelir o próprio Distrito Federal a patrocinar a feitura do DNA.

Há valores em jogo e, para mim, o maior está na segurança jurídica. Se, de um lado, é dado dizer que o autor, o recorrente, tem direito subjetivo de saber quem é o pai dele, é preciso imaginar que o réu pode ter uma família estruturada e que a possibilidade de revisão, a qualquer momento, de situação já definida pelo Estado-juiz, com a improcedência do pedido formulado na ação de investigação anterior e a reabertura da controvérsia, pode muito bem abalar essa situação familiar. A família também se faz em jogo sob uma outra óptica, que é a óptica favorável ao recorrido.

Presidente, sob pena de solapar, de ferir de morte, o princípio da segurança jurídica, de contribuir para a instalação de uma verdadeira babel – e os direitos fundamentais são muitos, não se restringem à paternidade –, não tenho como desconhecer esse contexto e, vinte anos após à entrega da prestação jurisdicional pelo Estado – sendo que, no processo que a motivou se poderia ter feito o exame de DNA, porque já existente à época –, como dizer que simplesmente o que decidido pode ser colocado em plano secundário e que não se fez coberto pela coisa julgada. E digo mais: também pela preclusão maior, considerada a ação de impugnação autônoma, que é a rescisória.

Peço vênia aos colegas que entenderam de forma diversa para desprover o recurso. E não saberia mesmo, se assim não concluísse, apontar o dispositivo da Lei Maior que teria sido vulnerado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao reconhecer o pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo, que é a coisa julgada, já que se tem valores a serem sopesados, e esta Corte proclama – e reiteradamente – que a violência à Constituição Federal capaz de impulsionar o extraordinário há de ser frontal e direta.

Desprovejo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também vou pedir vênia à robusta maioria já estruturada, já formada, e dizer, em primeiro lugar, que me sinto muito à vontade para manifestar o meu ponto de vista, de divergência, neste caso, porque fui juiz de Família durante oito anos e, duas vezes outro tanto, compus a Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, onde julgava diuturnamente questões tão ou mais tormentosas do que esta, sem nunca ter restringido o direito à identidade biológica. Até digo, recordando uma das decisões que proferi, na qual reconheci paternidade por mera semelhança física – e de cujo recurso extraordinário foi relator o ministro Moreira Alves, que manteve a sentença –, que, neste caso, acho que está em jogo um dos fundamentos não apenas da República, mas da convivência civilizada, e um dos fundamentos de uma vida digna, compreendida a dignidade no seu mais alto sentido.

O fundamento básico que ouvi à douta maioria é que se estabelece aqui uma ponderação entre a coisa julgada e direitos fundamentais.

O sr. ministro Ayres Britto: Não direitos fundamentais *lato sensu*; um direito fundamental específico.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Seja um ou mais. A mim me parece, com o devido respeito, que a garantia da coisa julgada, princípio crucial da certeza jurídica, serve àquilo que o jusfilósofo italiano disse constituir a própria ética do direito negava ele – e, a meu ver, com toda razão – que a eticidade do direito (e a palavra que usou foi *eticidade* do direito) não está na verdade jurídica, mas na segurança jurídica, porque só esta permite a fidelidade da ação a si mesma. O que queria dizer com essas palavras López de Oñate? Queria dizer que ninguém consegue viver dignamente sem certeza jurídica.

Se fosse possível, em relação à coisa julgada – que, a meu ver, está fora do contexto de ponderação com outros direitos fundamentais, quaisquer que eles sejam –, por exemplo opor-lhe um direito fundamental ao qual ninguém recusaria o qualificativo de essencial, que é a liberdade física, teríamos a seguinte conclusão, a partir das premissas da douta maioria: a coisa julgada, em matéria criminal, não existe. Há algum outro direito tão fundamental e importante para o ser humano como a liberdade física? Por que esse direito também sucumbe à força da coisa julgada?

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Mas nós concedemos *habeas corpus* mesmo em casos que há coisa julgada!

O sr. ministro Ayres Britto: Concedemos.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Superando o trânsito em julgado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas isso dentro de prazos de revisão criminal. Terminados os prazos de revisão, poderíamos, segundo o raciocínio da douta maioria, reabrir qualquer caso; qualquer caso poderia ser reaberto. O cumprimento de pena que está em curso pode ser revisto sob fundamento de que não há coisa julgada contra o direito tão fundamental da liberdade física!

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Mas nós concedemos e colocamos em liberdade condenados tendo trânsito em julgado, se houver razão jurídica na impetração!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Noutras palavras, a tese de que a coisa julgada pode ser confrontada com outros direitos fundamentais e ceder à tutela desses outros direitos, a mim me parece, com o devido respeito, que se põe em xeque uma condição necessária da convivência social. Muitas ações, incontáveis ações têm por objeto direitos fundamentais, sobre os quais recai a certeza da coisa julgada como norma jurídica do caso concreto, sem que jamais se cogitasse de que devesse ceder, porque, num contexto axiológico, esses direitos fundamentais seriam mais importantes do que a coisa julgada. A tese, portanto, levada às últimas consequências, autorizaria a desconstituir a coisa julgada de muitíssimos casos.

O que sucedeu na particularidade deste caso? Em primeiro lugar, o autor propôs várias ações anteriores – consta da sentença – e delas desistiu. Está aqui na sentença. Mais do que isso, o réu se recusou, supõe-se, de se submeter à perícia.

Diz o magistrado: "a prova se inviabilizou pela recusa do requerido e pela falta de condições financeiras do requerente." E completa: foram ouvidas seis testemunhas e foi juntada prova documental dos dois lados.

Como é que posso conceber tenha sido negada ao autor, ora recorrente, a via judicial para a busca da sua identidade biológica? Todas as oportunidades previstas no ordenamento jurídico e, em particular, no sistema judiciário, foram-lhe asseguradas. Todas as oportunidades. Aliás, das provas que produziu, salvo a do DNA, a testemunhal poderia, por si só, levar à procedência da ação. O magistrado disse, porém, não ter encontrado mínimo indício da paternidade. E, que era preciso que esse mínimo estivesse efetivamente provado nos autos, o que não ocorria. Isto é, nem sequer as testemunhas proveram indícios do suposto relacionamento amoroso afirmado.

Como, portanto, dizer-se que não lhe foi garantido o direito de busca da verdade biológica, da sua certeza, da sua identidade biológica? Foi-lhe garantido. A perícia do DNA já existia. Todos o admitimos. O que aconteceu? Aconteceu que o juiz indeferiu a prova, assim como fazem em tantos casos os magistrados, indeferindo provas, sem que o interessado provocasse a revisão da causa sob esse ponto de vista, e sem que a provocasse na própria ação e em ação rescisória! Ele tinha fundamento para fazê-lo. Quando o magistrado, aceitando a recusa da Fazenda, não lhe deferiu a perícia, impondo ao mesmo Estado que suportasse os ônus dessa prova, ele se conformou, mas poderia, até em ação rescisória, sustentar que muito mais do que literal violação de lei – que, pelo art. 485, V, do CPC, já justificaria a rescisória –, teria havido, no caso, literal violação de norma constitucional – o processo é de 1989, já na vigência da atual Constituição, que lhe dava essa garantia. Noutras palavras, ele teve oportunidade de rever a sentença na primeira causa e teve oportunidade de propor ação rescisória. Como é possível dizer agora que o sistema jurídico não lhe permitiu a busca desse direito fundamental?

Alegou-se que temos de procurar a verdade real. Nós sabemos que a verdade é só uma propriedade da linguagem, e, no processo, não existe verdade material ou verdade formal. Existe a verdade possível, aquela que é possível nos limites da imperfectibilidade humana. A sentença não estabeleceu nenhuma verdade ficta. Simplesmente julgou improcedente a ação, como tantas outras que se julgam improcedente.

Por outro lado, o que motivou a improcedência da ação não foi a insuficiência de recursos, foi o equívoco do patrono, foi o equívoco de quem atuava na defesa técnica, o qual deveria ter alegado violação da Constituição no processo ou em ação posterior.

A pergunta é: a partir daqui, se um erro como esse, gravoso a direito fundamental – e não nego seja direito fundamental – justificasse a desconsideração ou a ineficácia da coisa julgada, estaríamos estabelecendo uma tese de perigosas

consequências. Nós sabemos que, por mais que o Tribunal se preocupe e cuide de limitar o sentido dos seus acórdãos, é sempre possível tirar daí ilações que nem sempre cabem dentro dos seus fundamentos ou nos termos de sua decisão.

Por isso, há um risco muito grande, que eu não gostaria de, neste caso, correr: estabelecer um precedente que, pelo visto, não leva em conta sequer o decisivo aspecto temporal; deixa em aberto o aspecto temporal.

E eu já havia anotado – e dou nisto inteira razão ao ministro Marco Aurélio – que não é apenas a dignidade do autor que está em jogo neste processo. Está em jogo também a dignidade da parte contrária, que não pode, trinta anos depois, continuar sujeita a essa indefinição, a essa incerteza vital. Quem se coloque na postura do réu percebe que isso não é coisa irrelevante do ponto de vista da sua vida, sobretudo se tem família, que isso pode repercutir danosamente na sua família, na sua vida. Tal consideração, ou tal resguardo não faz parte também da dignidade humana? A mim me parece que sim.

E mais, estou em que o alcance prático da nossa decisão para casos futuros será mínimo, porque existe assistência judiciária gratuita integral, a qual justifica que os magistrados determinem a realização compulsória dessa prova. Portanto, não há mais motivo para temer outros casos. Pode ser até que exista um ou outro caso passado, mas casos futuros? Como casos futuros? Nos casos futuros haverá sempre meios de obrigar o Estado a patrocinar a prova, como há, no Distrito Federal, uma lei, como existe igual lei em São Paulo e em vários outros lugares. Nem precisava que as houvesse, porque bastaria a norma constitucional para permitir que o juiz obrigue o Estado a arcar, dentro dessa garantia, com os custos da perícia.

Por todas essas razões, mais os outros motivos que o ministro Marco Aurélio também já adiantou, é que tenho um respeito, eu diria, quase absoluto, pela coisa julgada. Tenho respeito quase absoluto à coisa julgada, porque, recordando o que ela significa a partir da concepção romana da *res iudicata* – em que a palavra *res* não é empregada evidentemente no sentido de coisa, mas no sentido de estado ou situação, assim como entra na palavra república, *res publica* –, a situação jurídica vital que já foi julgada definitivamente não pode ser revista, porque a norma que a define é vital. Se não houver certeza e estabilidade sobre essa definição normativa da situação em que as partes se envolveram, é impossível viver tranquilo. E não viver tranquilo é não viver na verdade.

Eu me inclinaria, se esta fosse a atitude da Corte, em casos análogos, a tomar ações postas nesses termos como ações rescisórias, desde que, evidentemente, respeitado o biênio legal dentro do qual o ordenamento jurídico permite se reveja o acerto da decisão recoberta pela coisa julgada. Mas, neste caso, segundo os dados dos autos, não é possível tomá-la como tal, porque os dois anos já transcorreram há mais de uma década.

Por essas razões, pedindo a máxima escusa à douta maioria – e entendo as razões e a sensibilidade que guiaram os votos vencedores de Vossas Excelências, que não critico, porque acho que é questão de postura pessoal –, neste caso sacrifico um resultado duvidoso (e duvidoso na medida em que a parte contrária não

está obrigada a submeter-se a esse exame, e tudo indica que as testemunhas, se tornarem a ser ouvidas, nada acrescentarão ao desate da questão da paternidade), para manter minha reverência quase absoluta, em benefício da coletividade, que não pode em nenhuma circunstância prescindir dessa garantia – esta, sim, vital –, à coisa julgada.

Pedindo *maxima venia* e com o maior respeito aos votos da douta maioria, todos eles muito brilhantes, com argumentos muito sensíveis, de vários pontos de vista até irrespondíveis, vou alinhar-me, desta vez, com a minoria, na companhia, aliás, sempre ilustre, do ministro Marco Aurélio.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. A sentença proferida no processo originário de investigação de paternidade, no ano de 1992, não foi conclusiva sobre a existência ou ausência da paternidade.

O juiz sentenciante expôs seus fundamentos nos seguintes termos:

> No caso, existem indicações de que algum tipo de relacionamento anterior havia entre o Requerido e a Representante do Autor. Não eram estranhos. Nem muito menos pareceu ao primeiro uma surpreendente e rematada sandice a pretensão da aventada paternidade. Isto resulta claro dos depoimentos. Não existem, entretanto, nos autos, elementos minimamente suficientes para assegurar tenha ocorrido, sequer uma vez, o ato sexual entre os dois. E, ainda que tenha ocorrido, que haja sido essa relação específica a causa da concepção do Autor. A prova oral, produzida pelas partes é absolutamente frágil, imprecisa e pouco relevante, no que interessa à essência da questão em tela. E a documental, menos relevante ainda.
>
> Lamentável, sob todos os aspectos, a impossibilidade de ter-se aqui, a prova pericial; sobretudo com a precisão hoje assegurada pelo D.N.A. Resta o consolo de, neste e noutros tantos casos semelhantes, ficar a parte autora sempre com a possibilidade de, recorrendo, tentar ver o custeio de tal prova se viabilizar, para insistir na Justiça. Fica a esperança, também e o apelo reiterado, de que o próprio Poder Público, no caso através do Egrégio Tribunal de Justiça, possa no futuro vir a assumir (mediante convênios, ou outra forma) esse ônus, perante uma população, via de regra, carente dos meios até para as despesas cartorárias, tanto mais para uma prova tão onerosa. E que, em muitos casos, resultará na sua cobrança, posteriormente, da parte sucumbente, com frequência, mais bem servida pela fortuna, quando procedente a pretensão.
>
> *Isto posto, julgo improcedente* o pedido, por insuficiência de provas dos fatos alegados. [Grifei.]

2. Parte da doutrina entende admissível o condicionamento da coisa julgada ao esgotamento dos meios probantes. Fredie Didier Jr. classifica o modo de produção da coisa julgada da seguinte forma:

> Em primeiro lugar, temos a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida. Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão

definitiva ali proferida sempre será apta a produzir a coisa julgada. Essa é a regra geral do nosso Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, temos a coisa julgada *secundum eventum litis* que é aquela que somente é produzida em um dos possíveis resultados da demanda, procedente ou improcedente. (...) Não parece haver exemplo no processo Civil.

Em terceiro e último lugar, subsiste em nosso sistema a coisa julgada *secundum eventum probationis* que é aquela que só se forma em caso de esgotamento das provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas a decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. São exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: a) ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC); b) ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4.717/1965); c) o mandado de segurança, individual ou coletivo (art. 19 da Lei Federal n. 12.016/2009).

Cristiano Chaves de Farias entende que a coisa julgada produzida em ação de investigação de paternidade só pode ser *secundum eventum probationis*, a despeito da inexistência de regramento expresso neste sentido. [Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010. v. 2, p. 422-423.]

3. Embora realmente não exista disposição normativa expressa impondo a produção da coisa julgada ao esgotamento dos meios probantes em ações de investigação de paternidade, parece-me que a leitura do ordenamento jurídico, especialmente a partir dos princípios constitucionais nos quais se tem a ênfase hoje na pessoa humana e no direito que lhe assiste de ter perfeitamente identificada a sua história biológica, permitiria sim o afastamento da concepção ortodoxa sobre a coisa julgada para essa espécie de ação.

O Pacto de São José da Costa Rica elenca todos os direitos inerentes à personalidade jurídica, que é muito mais do que o mero reconhecimento civil da existência de uma pessoa, mas que está intrinsecamente relacionada ao próprio direito à sua história, ao seu passado e às suas origens, o que é cada vez mais importante não apenas para se conhecer, mas até para o tratamento de certos tipos de doenças, pois a pessoa, conhecendo a sua identidade pode pelo menos dar encaminhamento de soluções para sua vida.

4. Não é juridicamente aceitável transpor para os dias de hoje, sem qualquer adequação aos avanços tecnológicos e científicos da humanidade, o dístico de Scassia, segundo o qual "A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro".

Ao analisar o instituto da coisa julgada, o prof. Cândido Rangel Dinamarco assume posição intermediária entre aqueles que defendem a imutabilidade absoluta da coisa julgada e os radicais da relativização, também "absoluta", da coisa julgada. Segundo o ilustre processualista:

> Mesmo as sentenças de mérito só ficam imunizadas pela autoridade do julgado quando forem dotadas de uma imperatividade possível: não merecem tal imunidade (a) aquelas que em seu decisório enunciem resultados materialmente impossíveis ou (b) as que, por colidirem com valores de elevada relevância ética, humana ou política, também amparados constitucionalmente, sejam portadoras de uma impossibilidade jurídico-constitucional. Quanto às impossibilidades materiais, seria até insensato sustentar a perenidade de um efeito que jamais algum ser humano conseguirá produzir, como o tirar coelhos de uma cartola sem que jamais eles hajam sido postos lá, ou como o caminhar a pé sobre as águas do Rio Tietê, sem qualquer embarcação e sem ajuda de qualquer instrumento ou apoio; sentenças assim trariam em si mesmas o germe de sua ineficácia, chegando ao ponto de ser juridicamente inexistentes porque jamais produziriam o efeito que nominalmente enunciassem. As impossibilidades jurídico-constitucionais são o resultado de um equilibrado juízo comparativo entre a relevância ético-política da coisa julgada material como fator de segurança jurídica e a grandeza de outros valores humanos, éticos e políticos, alçados à dignidade de garantia constitucional tanto quanto ela. (...). Obviamente, são excepcionalíssimos os casos em que, por um confronto de aberrante magnitude com a ordem constitucional, a autoridade do julgado merece ser assim mitigada – porque a generalização das regras atenuadoras de seus rigores equivaleria a transgredir a garantia constitucional da *res judicata* e assim negar valor ao legítimo desiderato de segurança na relações jurídicas, nele consagrado. [Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 306-307.]

Em outra obra, este mesmo autor faz expressa referência a caso análogo ao dos autos:

> A primeira situação que merece ser considerada é a de uma segunda ação de investigação de paternidade entre as mesmas partes, havendo a primeira sido julgada improcedente por insuficiência probatória. Ponderou o relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que ao tempo do primeiro julgado o exame de DNA não era ainda suficientemente divulgado, o que pode ter dificultado a defesa dos interesses do autor. Esse caso é emblemático, pois nele se tratava de um direito da personalidade da mais nobre das estirpes – o direito ao reconhecimento da própria identidade da pessoa mediante o reconhecimento de uma relação de filiação. Caso excepcionalíssimo, como se vê, no qual um valor mais alcandorado que a segurança jurídica fora maculado em virtude da precariedade dos meios de prova ao tempo da primeira sentença. [Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. II, p. 1160-1161.]

O prof. José Afonso da Silva faz diferença entre segurança jurídica e segurança de direitos, afirmando que a segurança de direitos é a segurança àqueles direitos que são constitucionalmente estampados e que não podem ceder diante de uma situação que se queira a segurança processual como se fosse segurança jurídica. Afirma ele ainda que, na verdade, alguns valores fazem com que a segurança dos direitos é que dá a confiança no próprio ordenamento.

Ora, o direito à identidade biológica, à identidade genética, é um valor que, a meu ver, está imbricada diretamente com o direito a ter a sua personalidade garantida, a ter a sua história e o seu passado, portanto, igualmente garantidos pelo sistema.

Parece-me, ainda, que o direito à sua própria história é direito a ser garantido e não obstruído pela jurisdição constitucional, especialmente em nome do princípio da segurança jurídica genericamente adotada.

5. Portanto, seja adotando a tese de que as sentenças de improcedência por ausência de provas proferidas em ações de investigação de paternidade não produzem coisa julgada ou a da relativização mínima da coisa julgada, **acompanho o relator para dar provimento ao recurso extraordinário e cassar o acórdão recorrido**.

EXTRATO DA ATA

RE 363.889/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrentes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Procurador: Procurador-geral da República) e Diego Goiá Schmaltz (Advogados: Arthur Henrique de Pontes Regis e Marcus Aurélio Dias de Paiva). Recorrido: Goiá Fonseca Rates (Advogado: Raimundo João Coelho).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, deu provimento aos recursos, contra os votos dos ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso (presidente). Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 2 de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 417.408 — RJ

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE — Agravado: Ministério Público Federal — Interessado: Estado do Rio de Janeiro

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do poder público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 20 de março de 2012 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que se negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 293 a 297), com a seguinte fundamentação:

> Vistos.
>
> Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:
>
> > *Ação civil pública. Direito ambiental. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante da inércia do poder público em atender o mandamento constitucional, cabe ao Poder Judiciário assegurar o seu cumprimento.*

– O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação pública em face da *Companhia Estadual de Águas e Esgotos* – CEDAE e do *Estado do Rio de Janeiro*, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto *in natura*, buscando providências no sentido de que sejam realizadas obras para que se restabeleça o equilíbrio ambiental e seja resguardada a saúde pública.

– A Constituição Federal assegura, em seu art. 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

– Diante da inércia da Administração Pública, em relação ao disposto no texto constitucional, é óbvio que cumpre a qualquer um da coletividade assegurar o cumprimento da norma, não existindo a ofensa ao princípio do equilíbrio entre os poderes.

– Não há qualquer extrapolação do Poder Judiciário em relação às atribuições constitucionais do Poder Executivo, visto que através do presente feito, o Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da Lei, vem, tão somente, requerer o cumprimento daquilo que foi deliberado pela Assembleia Nacional Constituinte.

– Padece de fragilidade o argumento de que o Governo Estadual do Rio de Janeiro encontra-se em má situação financeira, eis que tal não constitui argumento juridicamente relevante, pois, se assim fosse, não haveria processo de execução, uma vez que todos os executados alegariam insuficiência de recursos.

– Recursos parcialmente providos para condenar a *Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro* e o *Estado do Rio de Janeiro* a realizar o detalhamento do Projeto de Estação de Tratamento para despoluição do Rio Paraíba do Sul no trecho assinalado no processo, no prazo de noventa dias, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Finda a fase de planejamento, deve-se imediatamente iniciar-se a obra, sob pena da multa acima cominada a cada dia de atraso, respeitando o prazo final apurado para a entrega da obra, sob a mesma pena. [Fl. 237.]

Alega a recorrente violação dos arts. 2º e 225 da Constituição Federal. Sustenta que "incabível a ação civil pública por configurar uma indevida ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo" (fl. 247). Afirma que "é inadmissível a ordem jurisdicional direcionada à Administração direta para realizar obras, em determinado prazo impondo-lhes ônus, apesar do total desconhecimento sobre se possui os recursos suficientes" (fl. 248).

Contra-arrazoado (fls. 258 a 269), o recurso extraordinário (fls. 243 a 253) foi admitido (fl. 271).

Opina o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República dr. **Paulo da Rocha Campos**, "pelo conhecimento e provimento do presente apelo nobre" (fls. 281 a 285).

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado em 25-3-2003, conforme expresso na certidão de fl. 239, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 664.567/RS, Pleno, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 6-9-2007.

Não merece prosperar a irresignação.

O acórdão recorrido assim consignou:

> Atuando da forma como vem fazendo, a *Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro* vem, praticamente, descumprindo o mandamento constitucional, uma vez que a falta das obras necessárias de saneamento básico agravam a situação de dano ambiental e, em consequência, expõe a população a um eventual perigo de saúde, cito que o rio em questão é de curial importância para o abastecimento de parte do Estado e, em especial, para o município de Campos dos Goytacazes.
>
> (...)
>
> Dessa forma, com base nos pareceres técnicos, especialmente, no prazo de execução estimado em fls. 131, o qual seria de noventa dias para o detalhamento do Projeto de Estação de Tratamento, atestado pelo engenheiro Armando Costa Vieira Junior, Diretor do Interior da *Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro*, por manter a condenação proferida em primeiro grau, eis que como constata-se dos pareceres ministeriais de fls. 122 e 165, e das manifestações diversas do *Ibama* no decorrer do feito, parece que não houve respeito ao prazo prometido. Verifica-se, também que já houve processo licitatório, na modalidade carta-convite, sendo vencedora a empresa PH *Engenharia*, tendo sido expedido até a ordem da execução, contudo, a situação degradante manteve-se inalterada.
>
> Todavia, entende que o Juízo *a quo* ficou um prazo (seis meses) sem nenhum suporte fático para a realização dessa obra que, a princípio, sem um parecer técnico, não parece demasiadamente simples para um prazo tão exíguo.
>
> E pelo visto, a Administração, ainda não tomou qualquer providência, sendo temerária a imposição de multa diária para uma obrigação de fazer dessa natureza nessas circunstâncias. O que, no meu ponto de vista só ia atrasar a realização da obra, com a desnecessária oneração do Estado. [Fls. 233 a 235.]

A discussão do tema, na forma como tratado nos autos, envolveria a reapreciação do conjunto probatório que permeia a causa e da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inadmissível no recurso extraordinário, podendo configurar apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. Incidência das Súmulas 279 e 636/STF. Nesse sentido, anote-se:

> *Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação civil pública. Meio ambiente. Obrigação de fazer. Ausência de prequestionamento. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental ao qual se nega provimento.* 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o relator tem competência para examinar, desde logo, o mérito do recurso extraordinário nos autos do agravo de instrumento. 2. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c os arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil. [AI 707.613-AgR/SP, Primeira Turma, rel. min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 24-4-2009.]
>
> *Constitucional. Agravo regimental em agravo de instrumento. Acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária (Leis 6.938/1981 e 7.347/1985). Ofensa indireta. Agravo improvido.* I – O acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária (Leis 6.938/1981 e 7.347/1985). A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II – Agravo

regimental improvido. [AI 621.067-AgR/SP, Primeira Turma, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 27-3-2009.]

Agravo regimental no agravo de instrumento. Reexame de provas. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos. Agravo regimental a que se nega provimento. [AI 718.547-AgR/SP, Segunda Turma, rel. min. **Eros Grau**, *DJ* de 7-11-2008.]

Ressalte-se que o acórdão recorrido entendeu que "padece de fragilidade o argumento de que o Governo Estadual do Rio de Janeiro encontra-se em má situação financeira, eis que tal não constitui argumento juridicamente relevante, pois, se assim fosse, não haveria processo de execução, uma vez que todos os executados alegariam insuficiência de recursos" (fl. 234).

Esse fundamento não foi enfrentado de forma convincente no apelo extremo. Incide na espécie a orientação da Súmula 283 desta Corte, que assim dispõe, *in verbis*: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

Insiste a agravante que foram violados os arts. 2º e 225 da Constituição Federal.

Aduz, *in verbis*, que:

Permissa maxima venia, há de ser reexaminada a questão, pois, ao contrário do consignado na respeitável decisão recorrida, não quer o reexame de fatos ou provas para considerar o tempo hábil para a realização da obra, mas sim o exame da impossibilidade da invasão de poderes, considerando a supremacia de um em relação ao outro, desconsiderando o disposto no artigo 2º da Constituição Federal. Ademais, a incidência para a formulação do Recurso Extremo do artigo 225 da CF se dá também pela impossibilidade de ordenar um dos poderes a fazer ou deixar de fazer algo em detrimento a outro poder, restando impossibilidade da incidência da Súmula 279/STF e 636/STF (fl. 304).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Ainda que possam ser superados os óbices das Súmulas 279, 283 e 636/STF, o inconformismo não merece prosperar.

Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do poder público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. Sobre o tema, anotem-se os precedentes:

Mandado de segurança. Meio ambiente. Defesa. Atribuição conferida ao poder público. Art. 225, § 1º, III, da CB/1988. Delimitação dos espaços territoriais protegidos. Validade do decreto. Segurança denegada. 1. A Constituição do Brasil atribui ao poder público e à coletividade o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (CB/1988, art. 225, § 1º, III). 2. A delimitação dos espaços territoriais protegidos pode ser feita por decreto ou por lei, sendo esta imprescindível apenas quando se trate de alteração ou supressão desses espaços. Precedentes. Segurança denegada para manter os efeitos do decreto do presidente da República, de 23 de março de 2006. [MS 26.064/DF, Tribunal Pleno, rel. min. **Eros Grau**, *DJE* de 6-8-2010.]

Ação civil pública – Meio ambiente – Esgoto – Lançamento em rio – Viabilidade. Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito. [RE 254.764/SP, Primeira Turma, rel. min. **Marco Aurélio**, *DJE* de 21-2-2011.]

Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeneracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (*RTJ* 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (*RTJ* 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. *A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.* A

incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. *A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia*. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. *O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente*. A Medida Provisória 2.166-67, de 24-8-2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. É lícito ao poder público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). [ADI 3.540-MC/DF, Tribunal Pleno, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 3-2-2006.]

Por outro lado, é firme a orientação neste Tribunal de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais como a dos autos, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente

reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. Nesse sentido, os seguintes julgados:

Criança de até cinco anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – Legitimidade jurídica da utilização das "astreintes" contra o poder público – Doutrina – Jurisprudência – Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC 53/2006) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º) – Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição – Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das "escolhas trágicas" – Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – Princípio "jura novit curia" – Invocação em sede de apelo extremo – Impossibilidade – Recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário,

ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. *Descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional: hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional*. O poder público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, rel. min. *Celso de Mello*, *v.g.* 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. A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (*RTJ* 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. *A controvérsia pertinente à "reserva do possível" e a intangibilidade do mínimo existencial: a questão das "escolhas trágicas"*. A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o poder público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o

direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). *A proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais*. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. *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, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. [ARE 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, rel. min. **Celso de Mello**, *DJE* de 15-9-2011.]

Direito constitucional. Segurança pública. Agravo regimental em recurso extraordinário. Implementação de políticas públicas. Ação civil pública. Prosseguimento de julgamento. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Arts. 2º, 6º e 144 da Constituição Federal. 1. O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. [RE 559.646-AgR/PR, Segunda Turma, rel. min. **Ellen Gracie**, *DJE* de 24-6-2011.]

Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Segurança pública. Legitimidade. Intervenção do Poder Judiciário. Implementação de políticas públicas. Omissão administrativa. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, I e III, da CB/1988). Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. [RE 367.432-AgR/PR, Segunda Turma, rel. min. **Eros Grau**, *DJE* de 14-5-2010.]

Nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 417.408-AgR/RJ — Relator: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE (Advogados: Isaac Zveiter e outros). Agravado: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Interessado: Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do ministro Dias Toffoli.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 20 de março de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 514.531 — RS

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: Miguel Ângelo de Machado e Machado — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso extraordinário. Penal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância reconhecido pelo tribunal de origem e não aplicado pela contumácia do réu. Art. 334, *caput*, do Código Penal. *Habeas corpus* concedido de ofício. Precedentes.

1. Não se admite recurso extraordinário em que a questão constitucional cuja ofensa se alega não tenha sido debatida no acórdão recorrido e nem tenha sido objeto de embargos de declaração no momento oportuno.

2. Recorrente condenado pela infração do art. 334, *caput*, do Código Penal (descaminho). Princípio da insignificância reconhecido pelo tribunal de origem, em razão da pouca expressão econômica do valor dos tributos iludidos, mas não aplicado ao caso em exame porque o réu, ora apelante, possuía registro de antecedentes criminais.

3. *Habeas corpus* de ofício. Para a incidência do princípio da insignificância, só devem ser considerados aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o direito penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto.

4. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na denúncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação penal existente contra o recorrente.

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 negar provimento ao recurso extraordinário, mas conceder, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 21 de outubro de 2008 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Miguel Ângelo de Machado e Machado contra acórdão do Tribunal

Regional Federal da 4ª Região que, **embora reconhecendo a pequena expressão econômica dos tributos iludidos, de forma a caracterizar, em tese, o princípio da bagatela, deixou de aplicá-lo ao caso em razão de o recorrente possuir antecedentes criminais**.

Alega-se, no recurso extraordinário, a violação ao art. 5º, *caput* e incisos XXXIX e LVII, da Carta Magna (fls. 203-210).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela conduta tipificada no art. 334 do Código Penal (descaminho). Segundo a denúncia, o recorrente teria iludido o pagamento de R$ 627,93 a título de IPI e Imposto de Importação (fls. 2-3).

Após regular tramitação do feito, sobreveio sentença, pela qual o magistrado julgou improcedente a denúncia para absolver o recorrente, reconhecendo a aplicação, ao caso, do princípio da insignificância (fls. 140-149).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgando apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal, reformou a sentença absolutória, sob o entendimento de que o princípio da insignificância, ou da bagatela, não poderia ser aplicado ao caso diante dos registros de antecedentes criminais apresentados pelo réu, ora recorrente, que se "mostrou contumaz na prática de delitos dessa natureza" (fls. 188-198).

Neste recurso, pretende a Defensoria Pública da União obter o reconhecimento da aplicação do princípio da bagatela ao caso em exame, declarando-se a nulidade do processo por falta de justa causa (fls. 203-210).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhor presidente, como já referi no relatório, neste recurso extraordinário, o recorrente pretende obter o reconhecimento da aplicação do **princípio da insignificância**, ou **princípio da bagatela**, ao Processo-Crime 2004.71.04.005458-3.

O acórdão impugnado, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **embora reconhecendo a pequena expressão econômica dos tributos iludidos, de forma a caracterizar, em tese, o princípio da bagatela, deixou de aplicá-lo ao caso em razão de o recorrente possuir antecedentes criminais**.

Alega-se, no recurso extraordinário, a violação ao art. 5º, *caput* e incisos XXXIX ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal") e LVII ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), da Carta Magna (fls. 203-210). Contudo, **não houve prequestionamento expresso sobre o tema em discussão**, que sequer foi examinado por parte do tribunal de origem no acórdão recorrido, **nem foi objeto de embargos de declaração** no momento oportuno. O recurso extraordinário, assim, não deve ser provido.

O fundamento utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região para negar a aplicação do princípio da insignificância, todavia, deve ser objeto de exame. A hipótese, pois, é de **concessão da ordem de habeas corpus, de ofício**.

A matéria é singela. Todavia, ainda não foi enfrentada por esta Turma. **Cuida-se de saber se a aplicação do princípio da bagatela a um processo criminal deve considerar situações de ordem subjetiva, atinentes aos eventuais antecedentes do réu**.

Sobre o princípio da insignificância, ensina Paulo de Souza Queiroz:

> É sabido que o direito penal (...) não protege todos os bens jurídicos, e sim os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja imprescindível. (...)
>
> Qualquer lesão jurídica admite, em tese, que se afaste a tipicidade pela aplicação do que se vem chamando de "princípio de insignificância", visto que pode este bem jurídico não ser atingido (o perigo de lesão é mera abstração) ou ser atingido perifericamente apenas, em mínima intensidade, grau e extensão. E é de tal sorte diminuto o dano efetivamente produzido, isto é, tal o desvalor do resultado, que não assuma efetiva significação penal, que seja, *ipso facto*, desnecessário, que não se justifique, dada a evidente desproporcionalidade, o extremado castigo, visto que se mantém inatingido, ileso, por assim dizer, o "núcleo" do bem jurídico tutelado. [*Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95-98.]

Com efeito, o delito de descaminho (art. 334 do CP), como bem observado na decisão recorrida, pode ser considerado **delito de bagatela** quando **o dano resultante da infração penal não causa impacto no objeto material do tipo**, considerando-se, para tanto, **a pouca expressão do valor iludido a título de tributos quanto às mercadorias descaminhadas**. No que tange ao enquadramento do fato imputado ao recorrente na denúncia, como delito de bagatela, o acórdão recorrido não deixa dúvidas, pois **reconhece o ínfimo valor dos tributos iludidos**.

Eis o teor do acórdão recorrido (fl. 198):

> *Penal. Descaminho. Insignificância. Precedentes. Materialidade. Autoria. Dolo. Configuração do delito. Sentença reformada. Confissão. Reconhecimento. Súmula 231/STJ.*
>
> 1. **Incabível o reconhecimento do princípio da insignificância, porquanto embora o valor dos tributos iludidos não superem o valor de 2.500,00, que permanece sendo considerado para fins de aplicação do princípio da bagatela, dada a sua pequena expressão econômica, o réu se mostrou contumaz na prática de delitos dessa natureza**.
>
> 2. Para a configuração do delito previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal, basta a vontade livre e consciente de internar mercadorias de origem estrangeira sem o pagamento do tributo devido.

3. Conforme precedentes desta Corte, desde que a confissão resulte na convicção da autoria, é mister reduzir-se a pena, independentemente de quaisquer outros fatores subjetivos ou objetivos.

4. Não se reduz a pena em face da atenuante da confissão, entretanto, em face da Súmula 231/STJ, assim ementada: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

5. Sentença absolutória reformada. [Destaquei.]

No caso em exame, como mencionei no relatório, o valor dos impostos sonegados é de R$ 627,93. O parâmetro utilizado pelo TRF da 4ª Região para a aplicação do princípio da bagatela aos delitos de descaminho considera, para tanto, o valor dos tributos sonegados que não supere a cifra de R$ 2.500,00, conforme se depreende do voto condutor da Apelação Criminal 2004.71.04.005458-3 (fls. 193-196).

Ora, se **o fato descrito não ofende o bem jurídico tutelado** pela norma penal, dada a sua **pequena expressão econômica**, não podem as circunstâncias de caráter pessoal interferir de modo a impedir a aplicação do princípio da bagatela ao caso concreto, pelo julgador.

A Segunda Turma desta Corte registra precedentes a respeito do tema em análise, e quanto ao mesmo delito pelo qual o recorrente está condenado na ação penal já referida, no sentido de **afastar considerações de ordem subjetiva por ocasião da aplicação do princípio da bagatela**, *verbis*:

Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário: incidência das Súmulas 282 e 356. II – Recurso extraordinário, requisitos específicos e *habeas corpus* de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do recurso extraordinário da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante – evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção – seja possível a concessão de *habeas corpus* de ofício (*v.g.* RE 273.363, Primeira Turma, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20-10-2000). III – Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". Para a incidência do princípio da insignificância, só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, Segunda Turma, Celso de Mello, *DJ* de 19-11-2004). **A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é**. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, Segunda Turma, Marco Aurélio, *RTJ* 178/310). IV – Concessão de *habeas corpus* de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia. [AI 559.904-QO, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 26-8-2005 – Destaquei.]

Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Trancamento da ação penal. Paciente condenado pela infração do art. 334, caput, do Código Penal (descaminho). Alegação de incidência do princípio da insignificância. Existência de precedente deste Supremo Tribunal favorável à tese da impetração.

Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da ação penal. [HC 92.740, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 28-3-2008.]

Recurso extraordinário em matéria criminal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância. *Habeas corpus* de ofício. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando a questão constitucional cuja ofensa se alega não foi expressamente debatida no tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, sendo capaz de tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo. 3. No cenário dos autos, não parece razoável concluir, com base em dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. 4. *Habeas corpus* concedido de ofício para cassar o título judicial condenatório formado contra o réu. [RE 550.761, rel. min. Menezes Direito, *DJ* de 1º-2-2008.]

As circunstâncias de caráter pessoal apenas poderiam ser consideradas pelo julgador caso se constituíssem parte integrante do **tipo penal**. Afinal, reconhecer que **o fato** descrito na denúncia **não ofende o bem jurídico tutelado pela norma** significa dizer que **o direito penal não tem interesse em perseguir e punir aquela conduta**. A **existência de registro de outros inquéritos em nome do recorrente**, portanto, **não tem o efeito pretendido pelo tribunal recorrido**, porque não interfere na caracterização do fato típico analisado.

Assim, **nego provimento ao recurso extraordinário e, de ofício, defiro a ordem de habeas corpus, para, cassando o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconhecer a atipicidade do fato imputado na denúncia ao recorrente e, por conseguinte, determinar o trancamento da Ação Penal 2004.71.04.005458-3, em tramitação no Juízo da Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 514.531/RS — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: Miguel Ângelo de Machado e Machado (Advogada: Defensoria Pública da União). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso extraordinário, mas concedeu, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu este julgamento a ministra Ellen Gracie.

Presidência da ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello (presidente) e Eros Grau. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 21 de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 562.276 — PR

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Recorrente: União — Recorrida: Owner's Bonés Promocionais Ltda. – ME

Direito tributário. Responsabilidade tributária. Normas gerais de direito tributário. Art. 146, III, da CF. Art. 135, III, do CTN. Sócios de sociedade limitada. Art. 13 da Lei 8.620/1993. Inconstitucionalidades formal e material. Repercussão geral. Aplicação da decisão pelos demais tribunais.

1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas "as pessoas expressamente designadas por lei", não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O "terceiro" só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a administração tributária, estabelecidos, ainda que *a contrario sensu*, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

6. O art. 13 da Lei 8.620/1993 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

7. O art. 13 da Lei 8.620/1993 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/1993 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido.

10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, aplicando-se o regime previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 3 de novembro de 2010 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão que, aplicando decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de arguição de inconstitucionalidade, considerou inconstitucional parte do art. 13 da Lei 8.620/1993, que estabeleceu a responsabilidade solidária dos "sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada", tendo em vista que o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal determinou que somente lei complementar pode estabelecer normas gerais em matéria tributária.

Em seu recurso extraordinário, a União sustenta a constitucionalidade do citado dispositivo legal. Argumenta que, ao estabelecer a citada responsabilidade tributária, o art. 13 da Lei 8.620/1993 teria respaldo no art. 124, II, do CTN, que diz estarem solidariamente obrigadas "as pessoas expressamente designadas por lei".

Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no julgamento do RE 567.932, de relatoria do ministro Marco Aurélio.

O Ministério Público Federal, no parecer de lavra do subprocurador-geral da República, dr. Wagner de Castro Mathias Netto, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 134-135).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que desproveu apelação sob o argumento da inconstitucionalidade de parte do art. 13 da Lei 8.620/1993. Configura-se, pois, a hipótese do art. 102, III, *b*, da CF.

Verifico que consta dos autos o inteiro teor do incidente de arguição de inconstitucionalidade julgado pelo Pleno daquela Corte e que serviu de fundamento à decisão recorrida, de modo que também está presente o requisito do prequestionamento.

A repercussão geral da matéria, por sua vez, não apenas foi suscitada em preliminar no recurso extraordinário ora trazido a julgamento (item "III — Da existência de repercussão geral" das razões de recurso, à fl. 117 dos autos), como já restou reconhecida por esta Corte, no âmbito do Plenário Virtual, em novembro de 2007, nos autos do RE 567.932/RS, relator o ministro Marco Aurélio.

A revogação do art. 13 da Lei 8.620/1993 pela Medida Provisória 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei 11.941, de 2009, não é óbice ao julgamento, porquanto não estamos no âmbito do controle direto de constitucionalidade, mas do controle difuso. O dispositivo questionado vigorou por quase dezesseis anos, havendo milhares de processos sobre a matéria aguardando o julgamento definitivo da questão por este Supremo Tribunal Federal, os quais vêm sendo represados já há mais de dois anos. Daí a urgência para que este Tribunal

defina a questão e promova assim o encerramento dessa miríade de controvérsias repetitivas que sobrecarregam o sistema judiciário.

Está o recurso apto, assim, para ter o seu mérito analisado.

2. Está em discussão a constitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/1993 na parte em que estabelece que "os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social".

A inconstitucionalidade foi reconhecida por invasão à reserva de lei complementar do art. 146, III, *b*, da Constituição Federal, considerando-se que o CTN cuidou da responsabilidade dos sócios em seu art. 135, III, e que o art. 13 da Lei 8.620/1993 inovou na matéria, estabelecendo solidariedade pura e simples dos sócios com a sociedade quanto a débitos relativos a contribuições de seguridade social.

O argumento da União para afastar a inconstitucionalidade é no sentido de que o art. 13 da Lei 8.620/1993 encontraria amparo no art. 124, II, do CTN, que prevê que estão solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei.

3. Considerando que a inconstitucionalidade em questão foi reconhecida em virtude da invasão da esfera reservada à lei complementar sobre normas gerais de direito tributário, indispensável verificar se as contribuições sociais sujeitam-se a elas.

As contribuições para o custeio da seguridade social, instituídas com suporte nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal, têm indiscutível natureza tributária, submetendo-se, por isso, às limitações constitucionais ao poder de tributar e às normas gerais de direito tributário.

Para sepultar, de uma vez por todas, as dúvidas que outrora assaltaram esta Corte quanto à matéria, o constituinte não apenas disciplinou as contribuições no Título VI, "Da Tributação e do Orçamento", Capítulo I, "Do Sistema Tributário Nacional", como tornou expresso no próprio *caput* do art. 149 que deveria ser observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições de seguridade social. Com isso, tornou inequívoca a conclusão pela sua natureza tributária, o que já decorreria, de qualquer modo, da constatação das características essenciais das respectivas obrigações, que evidenciam imposição estatal de caráter compulsório, conteúdo pecuniário, finalidade não punitiva e destinação ao custeio de atividade do interesse público. A essência da noção de tributo – ou seja, seus requisitos de existência –, bem apanhada pelo art. 3º do CTN, decorre diretamente do Texto Constitucional, conforme lição de Geraldo Ataliba em sua obra *Hipótese de Incidência Tributária*, 4ª edição, 2ª tiragem, RT, 1991, p. 29, *in verbis*:

> O art. 3º do CTN é mero *precepto didactico*, como o qualificaria o eminente mestre espanhol Sainz de Bujanda. Por outro lado, o conceito de tributo é constitucional. Nenhuma lei pode alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo. É que ele é conceito-chave para demarcação das competências legislativas e balizador do

"regime tributário", conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado "poder tributário", exercido, nas respectivas faixas delimitadas de competências, por União, Estados e Municípios. Daí o despropósito dessa "definição" legal, cuja admissão é perigosa, por potencialmente danosa aos direitos constitucionais dos contribuintes.

Direitos constitucionalmente pressupostos ou definidos não podem ser "redefinidos" por lei. Admiti-lo é consentir que as demarcações constitucionais corram o risco de ter sua eficácia comprometida.

Enquanto tributos que são, submetem-se as contribuições de seguridade social às normas gerais em matéria de legislação tributária reservadas pelo art. 146, III, *b*, da CF à lei complementar.

Aliás, tal pressuposto já foi assentado por esta Corte por ocasião da análise dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 em face dos arts. 173 e 174 do CTN, tendo sua inconstitucionalidade sido reconhecida justamente por violação ao art. 146, III, *b*, da Constituição. Refiro-me ao julgamento do RE 559.943, relatora a ministra Cármen Lúcia, que deu origem à Súmula Vinculante 8: "São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Não havendo dúvida quanto à submissão das contribuições de seguridade social às normas gerais de direito tributário, cabe verificar se a matéria relacionada à responsabilidade tributária enquadra-se na relação das normas gerais.

4. Dispõe o art. 146, III, da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela EC n. 42/2003.)

Parágrafo único. (...)

Ao fazer expressa referência à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários, o art. 146, III, *b*, da Constituição apresentou rol meramente exemplificativo, que se soma não apenas aos conteúdos indicados nas demais alíneas do inciso III, mas também a tudo o que se possa considerar abrangido pelo conceito de norma geral em matéria de legislação tributária.

As normas gerais são aquelas que orientam o exercício da tributação, sendo passíveis de aplicação por todos os entes tributantes. O egrégio Tribunal

Regional Federal da 4ª Região, nos autos da AIAC 1998.04.01.020236-0, bem definiu como normas gerais "aquelas que, simultaneamente, estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que completarão a regência da matéria e que possam ser aplicadas uniformemente em todo o País, indiferentemente de regiões ou localidades".

O Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição de 1988 com nível de lei complementar por trazer normas que cumprem tal função. Em seu Livro II, dedicado justamente às Normas Gerais de Direito Tributário, disciplina a Legislação Tributária, a Obrigação Tributária, o Crédito Tributário e a Administração Tributária, em nada desbordando, pois, do que pretendeu o constituinte.

As questões atinentes à responsabilidade tributária inserem-se nas que dizem respeito aos sujeitos, se não da relação contributiva (tributária em sentido estrito), ao menos de relações jurídicas que, envolvendo terceiros em posição de contato com o fato gerador ou com o contribuinte, facilitam a arrecadação e asseguram o crédito tributário.

A definição dos traços essenciais da figura da responsabilidade tributária, como o de exigir previsão legal específica e, necessariamente, vínculo do terceiro com o fato gerador do tributo, enquadra-se, sim, no rol das normas gerais de direito tributário que orientam todos os entes políticos.

Do mesmo modo, a previsão de regras matrizes de responsabilidade tributária aplicáveis à generalidade dos tributos também se encontra no âmbito das normas gerais, assegurando uniformidade de tratamento dos terceiros perante o Fisco nas diversas esferas: federal, estadual, distrital ou municipal.

Assim, afigura-se adequado que se confira caráter de normas gerais com nível de lei complementar aos dispositivos do CTN que cuidam da responsabilidade tributária, sem prejuízo da permissão, constante do art. 128 do CTN, de que o legislador estabeleça outros casos específicos de responsabilidade.

Correto, pois, atribuir ao art. 135 do CTN o nível de lei complementar por disciplinar matéria alcançada pelo art. 146, III, da Constituição Federal.

5. Essencial à compreensão do instituto da responsabilidade tributária é a noção de que a obrigação do terceiro, de responder por dívida originariamente do contribuinte, jamais decorre direta e automaticamente da pura e simples ocorrência do fato gerador do tributo. Do fato gerador, só surge a obrigação direta do contribuinte.

Isso porque cada pessoa é sujeito de direitos e obrigações próprios e o dever fundamental de pagar tributos está associado às revelações de capacidade contributiva a que a lei vincule o surgimento da obrigação do contribuinte. A relação contributiva dá-se exclusivamente entre o Estado e o contribuinte em face da revelação da capacidade contributiva deste.

Não é por outra razão que se destaca repetidamente que o responsável não pode ser qualquer pessoa, exigindo-se que guarde relação com o fato gerador ou com o contribuinte, ou seja, que tenha a possibilidade de influir para o bom pagamento do tributo ou de prestar ao fisco informações quanto ao surgimento da obrigação.

Efetivamente, o terceiro só pode ser chamado a responder na hipótese de descumprimento de deveres de colaboração para com o Fisco, deveres estes seus, próprios, e que tenham repercutido na ocorrência do fato gerador, no descumprimento da obrigação pelo contribuinte ou em óbice à fiscalização pela administração tributária. O professor espanhol Lago Montero, em sua obra *La sujeción a los diversos deberes y obligaciones tributários* (Madrid: Marcial Pons, 1998), destaca, com clareza, que "*no es posible la responsabilidad cuando la conducta del hipotético responsable no produce un daño a los intereses de la Hacienda Pública, que sea imputable al mismo*".

Tais deveres, via de regra, constam de modo implícito das normas que atribuem responsabilidade. É que, ao atribuir a determinada conduta a consequência de implicar responsabilidade, o legislador, a *contrario sensu*, determina que não seja ela praticada, nos moldes, aliás, das normas penais em que se atribui à conduta proibida a pena, de maneira que as pessoas ajam de modo diverso, evitando a sanção.

Contudo, se a verificação de que a responsabilidade decorre do descumprimento de um dever de colaboração implícito na sua regra matriz, de um lado, aproxima-a da estrutura das normas penais, não significa, de outro, que tenha a mesma natureza. Isso, aliás, decididamente não tem. Basta ver que a responsabilidade surgida para o terceiro pela infração ao seu dever formal não subsiste ao cumprimento da obrigação pelo contribuinte. O intuito do legislador não é punir o responsável, mas fazê-lo garante do crédito tributário. Giannini, em sua obra *Instituzioni di Diritto Tributário* (7. ed., 1956), já ensinava que a responsabilidade só se configura na medida em que o descumprimento das obrigações do responsável implique prejuízo ao crédito do ente público e que seu objeto não é propriamente prestação do tributo, senão o ressarcimento do dano causado por culpa do responsável. O responsável, pois, quando é chamado ao pagamento do tributo, assim o faz na condição de garante da Fazenda por ter contribuído para o inadimplemento do contribuinte.

A relação de responsabilidade tributária não se confunde, pois, com a relação contributiva. Embora a pressuponha e só se aperfeiçoe em face da inadimplência do tributo pelo contribuinte, decorre de norma específica e tem seu pressuposto de fato próprio. Lembro, aqui, a lição de Ferreiro Lapatza em sua obra *Curso de Derecho Financiero Español* (25. ed., Madri: Marcial Pons, 2006, p. 445), em que afirma:

> (...) *el nacimiento de la obligación del responsable requiere la realización de dos presupuestos de hecho diferentes. El presupuesto de hecho del que deriva la obligación de los sujetos pasivos o deudores principales y el presupuesto de hecho del que deriva la obligación del responsable de pagar la cantidad también por ellos debida.*

Aliás, a referência ao responsável enquanto terceiro ("*dritter Persone*", "*terzo*" ou "*tercero*") evidencia, justamente, que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela.

Desse modo, quando o art. 121 do CTN refere-se ao contribuinte e ao responsável como sujeitos passivos da obrigação tributária principal, deve-se compreender que são sujeitos passivos de relações jurídicas distintas, com suporte em previsões legais e pressupostos de fato específicos, ainda que seu objeto possa coincidir – pagar tributo próprio (contribuinte) ou alheio (responsável).

Compreendidas a estrutura e a função das normas de responsabilidade tributária, vejamos o conteúdo do art. 135, III, do CTN.

6. O art. 135 do CTN estabelece a responsabilidade dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas. Eis o seu texto:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> (...)
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como se vê, estamos em face de uma *regra matriz de responsabilidade tributária* que não se confunde, de modo algum, com a regra matriz de incidência de qualquer tributo. Tem sua estrutura própria, partindo de um pressuposto de fato específico, sem o qual não há espaço para a atribuição de responsabilidade. E seu caráter geral permite aplicação relativamente aos diversos tributos, não estando jungida à responsabilidade por tal ou qual imposto ou contribuição em particular.

O pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação da sociedade, com excesso de poder ou a infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado, se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias.

A *contrario sensu*, extrai-se o dever formal implícito cujo descumprimento implica a responsabilidade, qual seja o dever de, na direção, gerência ou representação das pessoas jurídicas de direito privado, agir com zelo, cumprindo a lei e atuando sem extrapolação dos poderes legais e contratuais de gestão, de modo a não cometer ilícitos que acarretem o inadimplemento de obrigações tributárias.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito vem destacando que tais ilícitos, passíveis de serem praticados pelos sócios com poderes de gestão, não se confundem com o simples inadimplemento de tributos por força do risco do negócio, ou seja, com o atraso no pagamento dos tributos, incapaz de fazer com que os diretores, gerentes ou representantes respondam, com seu próprio patrimônio, por dívida da sociedade (Primeira Seção, EAg 494.887 e EREsp 374.139). Exige, isto sim, um ilícito qualificado, do qual decorra a obrigação ou seu inadimplemento, como no caso da apropriação indébita (REsp 1.010.399 e REsp 989.724).

O art. 135, pois, regula a responsabilidade pessoal dos sócios gerentes, diretores e representantes em caráter geral, com aplicação a tributos de quaisquer dos entes políticos, para tanto estabelecendo seu pressuposto de fato próprio. E,

como norma geral, não poderia ter sido desconsiderada pelo legislador ordinário federal quanto à disciplina dos tributos da sua competência.

7. A Lei 8.620, de 5 de janeiro de 1993, olvidando o previsto no art. 135, III, do CTN, assim dispôs:

> Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.
>
> Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

Tal dispositivo estabeleceu a pura e simples solidariedade dos sócios "sociedades limitadas" pelos débitos da sociedade perante a Seguridade Social. Tal solidariedade abrangeria as diversas contribuições de seguridade social, como as contribuições previdenciárias da empresa e as retidas dos empregados, as contribuições sobre o faturamento ou receita e a contribuição sobre o lucro.

Resta claro que o art. 13 da Lei 8.620/1993 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN.

A regra matriz de responsabilidade do art. 135, III, do CTN responsabiliza aquele que esteja na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica. Daí a jurisprudência no sentido de que apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito — má gestão ou representação por prática de atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos — e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

Além disso, o art. 135 do CTN coloca como pressupostos de fato inequívocos ou hipóteses de incidência da norma de responsabilidade a prática de atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Não se contenta, pois, com o simples surgimento da obrigação tributária para a empresa em face da ocorrência do fato gerador do tributo.

O art. 13 da Lei 8.620/1993, pois, ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, estabeleceu exceção desautorizada à norma geral de direito tributário consubstanciada no art. 135, III, do CTN, o que evidencia a invasão da esfera reservada à lei complementar pelo art. 146, III, da CF.

O argumento da União, de que o art. 13 da Lei 8.620/1993 estaria no espaço aberto pelo art. 124, II, do CTN, não resiste a uma interpretação mais rigorosa.

O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas "as pessoas expressamente designadas por lei", não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de

responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma.

A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite os demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente e que não decorra de norma geral o caráter subsidiário da responsabilidade no caso.

Esclarecedora, no ponto, é a lição de Misabel Abreu Machado Derzi em nota de atualização à obra do ministro Aliomar Baleeiro, *Direito tributário brasileiro*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 729:

> 4. A solidariedade não é forma de eleição de responsável tributário. A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria, estranha ao Capítulo V, referente à responsabilidade. É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias. Quando houver mais de um obrigado no polo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis) o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados. Se são eles solidariamente obrigados, ou subsidiariamente, com benefício de ordem ou não, etc. A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O que fez o art. 13 da Lei 8.620/1993 não foi simplesmente estabelecer a solidariedade de obrigações a fim de que pudesse encontrar amparo no art. 124, II, do CTN, mas, sim, e de modo inconstitucional, invadir o espaço reservado às normas gerais de direito tributário e já disciplinado de modo diverso pelo art. 135, III, do CTN.

Está o art. 13 da Lei 8.620/1993, assim, eivado de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 146, III, da Constituição Federal.

8. Não há como deixar de reconhecer, ademais, que a solidariedade estabelecida pelo art. 13 da Lei 8.620/1993 também se reveste de evidente inconstitucionalidade material.

Isso porque não é dado ao legislador estabelecer simples confusão entre os patrimônios de pessoa física e jurídica, ainda que para fins de garantia dos débitos da sociedade perante a Seguridade Social.

Aliás, após o surgimento de precedente no sentido de que tal decorreria do próprio art. 135, III, do CTN, ou seja, de que bastaria o inadimplemento para caracterizar a responsabilidade dos sócios, o Superior Tribunal de Justiça aprofundou a discussão da matéria, acabando por assentar, com propriedade, que interpretação desse jaez violaria a Constituição, sendo, por isso, inaceitável.

Lembro que o ministro José Delgado, em 2005, por ocasião do julgamento do Resp 717.717/SP, assim se pronunciou:

> Deve-se (...) buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as sociedades limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.

A censurada confusão patrimonial não apenas não poderia decorrer de interpretação do art. 135, III, *c*, da CF, como também não poderia ser estabelecida por nenhum outro dispositivo legal.

É que impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada compromete um dos fundamentos do direito de empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica.

A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e no patrimônio sociais. Daí a referência, pela doutrina, inclusive, ao princípio da "intangibilidade do capital social" a impor que este não pode ser reduzido ou distribuído em detrimento dos credores.

Tão relevante é a delimitação da responsabilidade no regramento dos diversos tipos de sociedades empresárias que o Código Civil de 2002 a disciplina, invariavelmente, no primeiro artigo do capítulo destinado a cada qual. Assim é que, abrindo o capítulo "Da Sociedade Limitada", o art. 1.052 dispõe: "Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social."

Trata-se de dispositivo de lei ordinária, mas que regula a limitação do risco da atividade empresarial, inerente à garantia de livre iniciativa.

Marco Aurélio Greco, no artigo *Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais*, publicado na *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 28/235, aborda o art. 13 da Lei 8.620/1993, tendo em consideração justamente a garantia da liberdade de iniciativa:

> (...) quando o artigo 13 da Lei n. 8.620/93 pretende transformar o exercício da livre iniciativa em algo arriscado para todos (sócio, empregados, fornecedores, bandos, etc.), mas isento de risco para a seguridade social (apesar do valor imanente que ela incorpora), está sobrepondo o interesse arrecadatório à própria liberdade de iniciativa. Ademais, está criando um preceito irreal, pois vivemos numa sociedade de risco, assim entendida nos termos da lição de Ulrich Beck. Além disso, ele inviabiliza (no sentido de dificultar sobremaneira) o exercício de um

direito individual, ao impor uma onerosidade excessiva incompatível com os artigos 5º, XIII e 170 da Constituição. Além disso, fere o artigo 174 da CF/88, porque a tributação não pode ser instrumento de desestímulo; só pode ser instrumento de incentivo. Vale dizer, o "poder" pode, em tese, ser exercido positiva ou negativamente, mas a "função" só pode sê-lo na direção imposta pelos valores e objetivos constitucionais. Em última análise, para proteger uns, ocorreu um uso excessivo do poder de legislar. Neste ponto, a meu ver, o artigo 13 é inconstitucional, caso seja feita uma leitura absoluta, categórica, do tipo "tudo ou nada".

(...)

Óbvio – não é preciso repetir – que onde houver abuso, fraude de caráter penal, sonegação, uso de testas de ferro, condutas dolosas, etc., existe responsabilidade do sócio da limitada ou do acionista controlador da sociedade anônima, mas isto independe de legislação específica; basta o fisco atender ao respectivo ônus da prova com a amplitude necessária a cada caso concreto. (...)

Porém, generalizar a responsabilidade pelo simples fato de ser sócio de sociedade de responsabilidade limitada (*caput* do art. 13), bem como estendê-la à hipótese de mera culpa (como consta do parágrafo único do art. 13), implica inconstitucionalidade pelas razões expostas.

Submeter o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada à satisfação dos débitos da sociedade para com a Seguridade Social, independentemente de exercer ou não a gerência e de cometer ou não qualquer infração, inibiria demasiadamente a iniciativa privada, descaracterizando tal espécie societária e afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição, de modo que o art. 13 da Lei 8.620/1993 também se ressente de vício material.

9. Reconheço, assim, a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/1993 na parte em que determinou que os sócios *das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social*, tanto por vício formal (violação ao art. 146, III, da Constituição Federal) como por vício material (violação aos arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal).

10. Isso posto, conheço do recurso extraordinário da União, mas **nego-lhe provimento**.

Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Presidente, eu fico com a inconstitucionalidade formal.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu acompanho integralmente a eminente relatora, porque estamos diante de um caso de desconsideração da personalidade jurídica *ex lege*, objetiva, sem qualquer intervenção do magistrado.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu também, senhor presidente, fico apenas, por enquanto, na inconstitucionalidade formal.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O descompasso entre a lei complementar e a...

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente, sem entrar no mérito.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Acompanho a relatora no voto proferido quanto ao vício formal e material.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: O material está a afirmar que ele não poderia...

O sr. ministro Marco Aurélio: Porque atribuir a responsabilidade a um terceiro, que não tem ligação direta com a administração da pessoa jurídica, extravasa, a meu ver, o campo da razoabilidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu fico no aspecto formal.

EXTRATO DA ATA

RE 562.276/PR — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: União (Procurador: Procurador-geral da Fazenda Nacional). Recorrida: Owner's Bonés Promocionais Ltda. – ME.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, aplicando-se o regime previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa. Falou pela recorrente a dra. Cláudia Aparecida Trindade, procuradora da Fazenda Nacional.

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. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 3 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 — RS

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Recorrente: União — Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira — Interessado: Estado do Rio Grande do Sul

Direito tributário – Lei interpretativa – Aplicação retroativa da Lei Complementar 118/2005 – Descabimento – Violação à segurança jurídica – Necessidade de observância da *vacatio legis* – Aplicação do prazo reduzido para repetição ou compensação de indébitos aos processos ajuizados a partir de 9 de junho de 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de dez anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º; 156, VII; e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de dez anos contados do fato gerador para cinco anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/2005, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 4 de agosto de 2011 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão que, aplicando decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de arguição de inconstitucionalidade, considerou inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, tendo em vista que o art. 3º da mesma lei somente poderia "ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência, não se aplicando às ações ajuizadas em data anterior a 9 de junho de 2005, porque na essência, como dito alhures, não possui índole interpretativa como insinuado no art. 4º".

2. Em seu recurso extraordinário, a União sustenta a constitucionalidade do citado dispositivo legal, o qual determinou a aplicação retroativa da interpretação autêntica atribuída ao art. 168 do CTN, relativamente ao prazo para a repetição de indébito tributário. Argumenta que não teria sido violada a segurança jurídica protegida constitucionalmente no art. 5º, XXXVI. É que o art. 3º da LC 118/2005 seria um dispositivo meramente interpretativo, podendo, dessa forma, ser aplicado a fatos ocorridos antes de sua vigência, desde que respeitada a coisa julgada. Também não haveria violação ao direito adquirido, em face da inexistência de direito definitivamente incorporado ao patrimônio do recorrido.

3. O recorrente, nas contrarrazões ao recurso extraordinário, reafirma a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, pois deveria ser considerado o prazo prescricional vigente na data da ocorrência do fato gerador, sob pena de violação do princípio da irretroatividade das leis, contrariando os arts. 5º, XXXVI, XL, e 150, III, *a*, ambos da Constituição Federal.

4. Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no julgamento do RE 561.908, de relatoria do ministro Marco Aurélio.

5. O Ministério Público Federal, no parecer de lavra do então subprocurador-geral da República dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, adotando o parecer elaborado pelo subprocurador-geral da República dr. Wagner Gonçalves, no RE 485.813, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fl. 430).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): 1. O acórdão recorrido, do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005 na parte em que determina a aplicação retroativa do novo prazo para repetição ou compensação do indébito tributário. Configura-se, pois, a hipótese do art. 102, III, *b*, da CF.

Ademais, em sede de embargos declaratórios, foi acostado o inteiro teor da arguição de inconstitucionalidade julgada no âmbito daquela Corte e que serviu de fundamento ao acórdão recorrido, de modo que também está presente o requisito do prequestionamento.

A repercussão geral da matéria, por sua vez, não apenas foi suscitada em preliminar no recurso extraordinário ora trazido a julgamento (item "II – *Da Existência de Repercussão Geral*" das razões de recurso, à fl. 402 dos autos), como já restou reconhecida nos autos do RE 561.908-7, rel. min. Marco Aurélio, com acórdão publicado no *DJE* 157, de 7 de dezembro de 2007.

Está o recurso apto, assim, para ser analisado por este Tribunal.

Importa destacar, ainda, que, embora não haja como quantificar com exatidão o estoque de feitos represados nos tribunais aguardando o julgamento definitivo da questão por este Supremo Tribunal Federal, sabe-se que são milhares, até porque a discussão do prazo para a repetição ou compensação de indébito se dá, preliminarmente, nas ações sobre os mais diversos tributos. Daí a urgência para que este Tribunal defina a questão e promova assim o encerramento dessa miríade de controvérsias repetitivas que sobrecarregam o sistema judiciário.

2. O art. 3º da LC 118/2005, autoproclamando-se interpretativo do art. 168, I, do CTN, estabeleceu que a data da extinção do crédito relativo aos tributos sujeitos a lançamento por homologação – termo *a quo* do prazo de cinco anos para repetição de indébito tributário – fosse entendida como correspondente à data do pagamento antecipado. E seu art. 4º determinou que se observasse, no ponto,

o art. 106, I, do CTN, que determina a aplicação, a ato ou fato pretérito, da lei expressamente interpretativa. Eis os dispositivos, com destaques nossos:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, **no momento do pagamento antecipado** de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei.
>
> Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, **observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional**.

Veja-se, de pronto, que o art. 3º é expressamente interpretativo e que sobreveio no bojo de lei complementar, o que afasta eventuais invocações de vício formal. Foi utilizada lei complementar para a pretendida interpretação autêntica do art. 168, I, do CTN, que, embora lei ordinária (Lei 5.172/1966), tem nível de lei complementar desde o advento da Constituição de 1967, cujo art. 19, § 1º, passou a exigir lei complementar para tratar de normas gerais de direito tributário, exigência esta hoje constante do art. 146, III, da Constituição de 1988.

Importante verificar, porém, se o art. 3º da LC 118/2005 constitui, materialmente, verdadeira lei interpretativa e se a determinação de retroatividade constante do seu art. 4º encontra suporte no texto constitucional e, se necessário, qual a regra de transição a ser observada.

3. Denomina-se "interpretação autêntica" aquela estabelecida pela mesma fonte de produção normativa que formulou a norma jurídica interpretada. Caracteriza-se tanto pela sua origem, como por vir revestida da cogência própria do instrumento legislativo utilizado.

Embora não seja frequente nos dias de hoje, já houve épocas em que a interpretação autêntica foi predominante.

Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 11. ed., 1990, p. 90), observa que o imperador Justiniano repelia qualquer outra exegese que não procedesse dele próprio, sob o entendimento de que: "Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei." Tal se dava, então, em razão da subordinação dos magistrados ao soberano, pois este concentrava a titularidade de todas as funções próprias da soberania.

Adiante, mesmo frente a conquistas políticas que implicaram a atribuição de autonomia aos diversos poderes do Estado, a interpretação autêntica ainda guardou lugar dominante enquanto se entendia que o juiz, ao transcender os limites da lei escrita, invadiria a esfera do poder legislativo, de modo que se lhe impunha consultar o legislador em caso de dúvida. Novamente, é Carlos Maximiliano quem esclarece que "em França existia o apelo, obrigado, ao legislador, para resolver as dúvidas ocorrentes na prática (*référé au législateur*), interrompido, para aquele fim, o andamento da causa", sendo que "A lei de 1º de abril de 1837 aboliu a consulta forçada e restabeleceu a autonomia da magistratura no interpretar e aplicar o Direito".

Também o italiano Ezio Vanoni, na sua obra *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, publicada ainda em 1932 e que se tornou um clássico sobre a matéria, já destacava que as obscuridades da lei eram submetidas ao legislador para que as suprisse por meio de uma nova declaração de vontade e que nem mesmo a revolução fez desaparecer o *référé législatif*. Somente com o Código Napoleônico (o Código Civil francês de 1804) é que se passou a considerar obrigação de o juiz encontrar a norma aplicável aos casos concretos tendo em conta o postulado da plenitude do ordenamento positivo.

É significativo que, no Brasil, a Constituição de 1824 tenha estabelecido a competência da Assembleia Geral para fazer as leis e interpretá-las. A respeito, aliás, manifestou-se o ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI 605-3:

> Essa norma, positivada pelo constitucionalismo monárquico, guardava estrita fidelidade com os postulados rousseaunianos de democracia, que atribuíam ao Legislativo – enquanto fonte única de emanação das regras legais no âmbito do Estado – a autoridade, a prerrogativa e a legitimidade para a interpretação das leis.

Lembrou, ainda, Sua Excelência que o ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, refere-se à competência do poder legislativo imperial como a "consagração do dogma da soberania do Parlamento".

Mas, desse tempo para cá, muitas mudanças ocorreram na compreensão das funções típicas de cada Poder.

Efetivamente, a afirmação da submissão de todos os Poderes à supremacia da Constituição e a do caráter complexo da interpretação e aplicação do direito pelos juízes mudaram o modo como se vê a atividade jurisdicional e, inclusive, estenderam os seus limites.

De fundamental importância nessa trajetória foi o julgamento, pela Suprema Corte americana, do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, em que se afirmou o caráter normativo da Constituição e a obrigação de todos, inclusive do legislador, de respeitá-la, cabendo aos juízes, sob o juramento de fazer cumprir a Constituição, a obrigação de aplicá-la, em detrimento da lei, quando entre seus textos houvesse conflito. Em nosso país, a possibilidade de o Judiciário controlar a validade das leis é constitucionalmente reconhecida desde a Constituição Republicana de 1891, sendo que, atualmente, na Constituição de 1988, dá-se por diversos instrumentos processuais, de modo difuso e concentrado: recurso extraordinário, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade.

Também no campo da hermenêutica, a evolução foi grande. Passou-se a reconhecer toda a complexidade da atividade jurisdicional que envolve considerar cada dispositivo legal em particular e o ordenamento como um todo e, ainda, não apenas interpretar e aplicar as regras, mas atribuir-lhes sentido em conformidade com a Constituição. Isso sem falar na necessidade de considerar a eficácia normativa dos princípios e de ponderar os que se apresentem em aparente conflito, de modo a otimizar a concretização dos valores constitucionalmente protegidos, construindo a regra do caso concreto.

Não obstante ainda se admita a possibilidade de interpretação autêntica, pois, já se lhe atribui caráter absolutamente excepcional e se tem bem claro que não pode se sobrepor à interpretação realizada pelos tribunais, senão como lei nova sujeita, como todas, ao controle judicial.

É que a interpretação das leis, embora seja realizada por todos os destinatários da norma para fins da sua aplicação primária e possa, inclusive, ser objeto das chamadas "leis interpretativas", é firmada pelo Judiciário como atividade inerente à sua função própria.

Esta Corte, aliás, quando do julgamento da ADI 605-3/DF, julgada em outubro de 1991, já definiu o modo como se deve considerar as leis interpretativas. Naquela oportunidade, assim como no presente caso, estava em discussão diploma de cunho expressamente interpretativo.

O ministro relator, Celso de Mello, então, retomou a lição de Giovani Galloni para dizer que a interpretação autêntica "não constitui uma verdadeira atividade interpretativa, mas, sim, um processo de integração normativa em que '*la norma interpretativa si pone cosí come norma complementare rispetto alla norma interpretata com il resultato di chiarirne la astratta precettività*'" .

Manifestaram-se, ainda, outros ministros no sentido de que a lei que se proclama interpretativa não deixa, tão só por isso, de ser outra lei. Na hipótese de nada acrescentar, é inócua; na hipótese de implicar modificação da norma, deve ter o tratamento de uma lei nova.

O ministro Carlos Velloso, por exemplo, afirmou que "a lei classificada como interpretativa nada mais é do que uma norma que introduz, no mundo jurídico, direito objetivo; é, portanto, lei que inova". Já o ministro Néri da Silveira destacou que, no caso, tratava-se de regra nova e que, como tal, havia de ser posta em análise, "para verificar-se sua validade".

Nada mais natural, aliás, do que se considerar a lei pretensamente interpretativa como lei nova, sujeita aos mesmos prazos e limites que condicionam a aplicação de qualquer outro diploma, quando se sabe que, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/1942), até mesmo a simples republicação da lei para sua correção, antes da sua entrada em vigor, implica o recomeço da *vacatio legis*, bem como que as correções a texto de lei já em vigor, por sua vez, também se consideram lei nova, nos termos do seu art. 1º, §§ 3º e 4º.

Admitida, assim, a possibilidade da existência de lei interpretativa, mas com as ressalvas e com o controle a que se submete qualquer outra lei, vejamos a natureza da norma constante do art. 3º da LC 118/2005 e em que extensão se pode aplicá-la validamente.

4. Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a jurisprudência do STJ no sentido de que o prazo para a repetição ou compensação de indébito relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação era, na prática, de dez anos. A posição do STJ tinha como fundamento o entendimento de que o prazo de cinco anos a partir da extinção do crédito, estabelecido pelo art. 168, I, do

CTN, contava-se do decurso do prazo, também de cinco anos, mas desde o fato gerador, para a homologação do pagamento, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, totalizando dez anos contados do fato gerador. Tal entendimento considerava, ainda, o texto do art. 156, VII, do CTN no sentido de que a extinção do crédito se dá com "o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º". Transcrevo os dispositivos implicados:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
>
> § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.
>
> (...)
>
> § 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.
>
> (...)
>
> Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
>
> (...)
>
> VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;
>
> (...)
>
> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:
>
> I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
>
> II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
>
> (...)
>
> Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:
>
> I – nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

Não é o caso de nos debruçarmos sobre tais dispositivos. Basta ter em consideração que o Superior Tribunal de Justiça é o Tribunal ao qual cabe dar a interpretação definitiva da legislação federal, nos termos do art. 105, III, da Constituição de 1988. E, há muito, esse Tribunal firmara posição.

Dos repertórios de jurisprudência, extraem-se aleatoriamente as referências que confirmam que não se tratava de um ou outro precedente, mas de jurisprudência pacífica, no sentido mais denso de consolidação de um entendimento mediante a reiteração de precedentes em determinado sentido.

Assim é que se vê que nos REsp 72.909/RS e 68.633/PR, da Primeira e Segunda Turmas daquela Corte, julgados em 1995, já se tinha por firme a orientação de que a extinção do direito para pleitear a restituição só ocorreria "após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita", totalizando dez anos contados do fato gerador. No mesmo sentido, foram o RE 174.745/MG, julgado em outubro de 1998, e o RE 357.703/RS, julgado em maio de 2002, além de centenas de outros precedentes unívocos.

Os poucos precedentes em sentido diverso, apontados pela União nas razões do recurso extraordinário com vista a descaracterizar a firmeza de posicionamento do STJ sobre a matéria, acabam, ao contrário, por confirmá-la.

É que a União invoca precedentes relativos a questões específicas, como tributos retidos no regime de substituição tributária e tributos inconstitucionais, em que chegou a haver, é verdade, alguma dúvida quanto à aplicação da regra geral dos dez anos, mas que não perdurou. Logo, aquela Corte firmou posição no sentido de que, também em tais situações de retenção e de reconhecimento do indébito em razão da inconstitucionalidade da lei instituidora, dever-se-ia aplicar, sem ressalvas, a tese dos dez anos, conforme se vê dos EREsp 329.160/DF e 435.835/SC, julgados pela Primeira Seção daquela Corte. Aliás, nada melhor do que o próprio STJ para reconhecer que se tratava de jurisprudência consolidada.

Veja-se a ementa do julgamento dos EREsp 644.736-AI/PE pela Corte Especial do STJ, em junho de 2007, relator o ministro Teori Albino Zavascki:

> *Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.*
>
> 1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.
>
> 2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.
>
> 3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar

que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Assim, considerando-se que o STJ havia consolidado entendimento no sentido de que o CTN fixara o prazo para repetição ou compensação de indébito tributário em dez anos contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, é preciso reconhecer que a interpretação imposta pela LC 118/2005 implicou redução do prazo, de dez para cinco anos.

Impõe-se considerar a LC 118/2005, pois, como lei nova e, assim, analisá-la.

5. No incidente de arguição de inconstitucionalidade julgado pelo STJ, cuja ementa foi acima transcrita, reconheceu aquela Corte que o art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, por ter determinado a aplicação retroativa de interpretação contrária à jurisprudência, teria ofendido o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes, estampado no art. 2º da Constituição, que estabelece: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

A matéria precisa ser analisada, porquanto constitui fundamento suficiente para, por si só, afastar a aplicação retroativa pretendida.

Mas trata-se de argumento já rechaçado por este Tribunal por ocasião do julgamento da referida ADI 605-3/DF, cuja ementa estampa:

– As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder.

– Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

A apreciação da matéria, aliás, foi muito bem feita pelo ministro relator, Celso de Mello, conforme se extrai da fundamentação do voto condutor:

No plano da divisão funcional do poder – e do sistema de *checks and balances* consagrado pelo ordenamento constitucional brasileiro –, incumbe ao Poder Judiciário a típica e preponderante função de, ao resolver as controvérsias, aplicar as leis, *interpretando-as*.

Isso não significa, porém, que a interpretação das leis constitua atribuição exclusiva dos juízes e tribunais, que não detêm, no âmbito da comunidade estatal, o monopólio da definição do sentido e da extensão das normas legais, muito embora

só a seus atos decisórios se reconheça – como atributo essencial da jurisdição que é – o caráter de definitividade, qualificador, na concreta resolução do litígio, do *final enforcing power* que assumem as manifestações do Poder Judiciário.

Na realidade, o desempenho da função interpretativa pelos Poderes Executivo e Legislativo, muito embora em caráter atípico, não se revela incompatível com o postulado da divisão funcional do poder, cuja compreensão supõe o reconhecimento, no plano da organização estatal, da inexistência de atividades político-jurídicas monopolizadas por qualquer dos órgãos da soberania nacional.

O fenômeno jurídico das leis interpretativas, não obstante traduz uma anômala manifestação do órgão legislativo, não as torna imunes – e daí a sua perfeita adequação ao princípio da separação dos poderes, que supõe controles interorgânicos recíprocos – à apreciação de sua própria inteligibilidade e significado técnico-racional pelo Poder Judiciário.

Com isso, as leis veiculadoras de interpretação autêntica não se excluem da possibilidade de análise em sede jurisdicional, pois, constituindo normas jurídicas, expõem-se, como tais, ao domínio da atividade preponderantemente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

Reconhecida, desse modo, a admissibilidade, em nosso sistema de direito positivo, das denominadas leis interpretativas (...).

O ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, concluiu:

Não há invasão da área constitucional do Poder Judiciário, com a edição de lei que se pretenda interpretativa. Para mim, no sistema brasileiro, lei interpretativa ou é inócua ou é lei nova. (...) Se a título de lei interpretativa, a segunda lei extrapola da interpretação, é lei nova, que altera a lei antiga, modificando-a ou adicionando-lhe normas inexistentes. E assim há de ser examinada.

Desse modo, considerando que a própria lei que se diga interpretativa se sujeita ao controle jurisdicional, seja quanto à sua efetiva natureza, seja quanto à extensão da sua possível aplicação, sua edição não configura violação ao princípio da independência dos Poderes. Mesmo que não tenha cunho meramente interpretativo e que venha pretender alterar a jurisprudência firmada pelos tribunais, certo é que, a estes, cabe censurá-la, dando-lhe ou não guarida, reconhecendo-lhe ou não validade, permitindo ou não sua aplicação.

Não estando, pois, as leis interpretativas imunes ao controle jurisdicional, mas, pelo contrário, sujeitas integralmente a ele como qualquer outro diploma legal, não implicam, por si só, violação à independência do Poder Judiciário, que resta preservada.

6. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, ao determinar a observância, quanto ao art. 3º do disposto no art. 106, I, do CTN, impôs sua aplicação retroativa.

Vejamos tais artigos:

LC 118/2005: "Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

CTN: "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

> I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;"

O pressuposto de tal norma, qual seja o de que o art. 3º realmente fosse a norma interpretativa que se autoproclama, não encontra guarida, conforme já se demonstrou.

No entanto, mesmo não sendo interpretativa a LC 118/2005, é preciso verificar se a retroatividade por ela determinada é válida ou não.

Vale deixar claro, desde já, que, ainda que interpretativa fosse e que se pudesse considerar legítima sua aplicação retroativa com fundamento direto no art. 106, I, do CTN, ainda assim a LC 118/2005 teria de observar o art. 5º, XXXVI, da CF, não podendo atingir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Mais uma vez é o voto condutor do ministro Celso de Mello na ADI 605-3/DF que se invoca:

> (...) mesmo que se considere conatural às leis interpretativas o efeito de retroprojeção normativa, a sua incidência sofre a necessária limitação imposta pelo ordenamento constitucional, que hostiliza, de forma absoluta, os atos estatais que vulneram a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.
>
> (...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão tem admitido a denominada retroatividade das leis interpretativas, ressalvando, no entanto, a necessária intangibilidade das situações juridicamente consolidadas.

Assim, os ressarcimentos, por repetição ou compensação, já obtidos com fundamento em sentença transitada em julgado, alcançando os dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, estariam, de qualquer modo, a salvo de revisão.

7. Mas não estamos diante de lei interpretativa, devendo-se considerar a LC 118/2005 como lei nova que é, submetendo-a a todos os condicionamentos a que está sujeita.

É certo que a alteração de prazos, indubitavelmente, não ofende direito adquirido, porquanto inexiste direito adquirido a regime jurídico, o que já restou definitivamente assentado na jurisprudência desta Corte, do que são exemplo os precedentes em que se entendeu ser viável a alteração de prazo de recolhimento do tributo depois da ocorrência do fato gerador e o estabelecimento de novos requisitos para o prosseguimento do gozo de imunidade por entidade já reconhecida, no passado, como beneficente:

> PIS: prazo de recolhimento: alteração pela Lei 8.218, de 29-8-1991 (...) II – Não há falar em "direito adquirido" ao prazo de recolhimento anteriormente previsto, pois, como se sabe, o STF não reconhece a existência de direito adquirido a regime jurídico. III – A circunstância de o fato disciplinado pela norma – isto é, o pagamento do tributo – haver de ocorrer após a sua edição é suficiente para afastar a alegada violação ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, *a*). [RE 219.878, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, sessão de 13-6-2000.]

> 2. Não há direito adquirido a regime jurídico relativo à imunidade tributária. A concessão de Certificado de Entidade Beneficente – Cebas não imuniza a

> instituição contra novas verificações ou exigências, nos termos do regime jurídico aplicável no momento em que o controle é efetuado. Relação jurídica de trato sucessivo. 3. O art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei 1.752/1977 não afasta a obrigação de a entidade se adequar a novos regimes jurídicos pertinentes ao reconhecimento dos requisitos que levam à proteção pela imunidade tributária. [RMS 26.932, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, sessão de 1º-12-2009.]

Inexistindo direito adquirido a regime jurídico, não há que se advogar, pois, suposto direito de quem pagou indevidamente um tributo a poder buscar ressarcimento no prazo estabelecido pelo CTN por ocasião do indébito.

Isso não quer dizer, contudo, que a redução de prazo possa retroagir para fulminar, de imediato, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa. Ou seja, não se pode, de modo algum, entender que o legislador pudesse determinar que pretensões já ajuizadas ou por ajuizar estejam submetidas, de imediato, ao prazo reduzido, sem qualquer regra de transição.

É que isto, ainda que não viole estritamente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, atenta contra outros conteúdos do princípio da segurança jurídica. Efetivamente, se, de um lado, não há dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constitui imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também é certo que tem este abrangência maior e que implica, também, resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça.

Há, efetivamente, conteúdos do princípio da segurança jurídica que se encontram implícitos no texto constitucional.

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito constitucional e teoria da Constituição* (Almedina, 1998, p. 250), destaca "os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito". O professor Luís Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:* contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã (Fabris, 1995, p. 186), ensina que "Tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito (...). Ambos têm índole constitucional e, assim, servem de critério normativo".

O julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer

regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois destes conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à Justiça.

Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, tem-se de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal resta resguardado pela proteção à confiança.

Da mesma forma, não é possível que se fulmine, de imediato, prazos então em curso, sob pena de violação evidente e direta à garantia de acesso ao Judiciário. Pudesse o legislador impedir a jurisdição mediante reduções abruptas de prazo, com aplicação às pretensões pendentes ainda não ajuizadas, restaria em grande parte esvaziada a garantia de acesso à Justiça.

O caráter, em geral, prospectivo das leis impede que se lhes atribua efeito retroativo sem que haja cláusula expressa nesse sentido. Havendo, tem-se, de qualquer modo, de resguardar os diversos conteúdos do princípio da segurança jurídica.

Reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução de prazo que alcance prazos já interrompidos, bem como da aplicação, imediatamente após a publicação da lei, às novas ações ajuizadas, sem assegurar aos contribuintes nenhum prazo para que, deduzindo suas pretensões em juízo, pudessem evitar o perecimento do seu direito, considerando violado pelo art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, o princípio da segurança jurídica nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, que repousam implícita e expressamente nos arts. 1º e 5º, XXXV, da Constituição.

8. Diante da inconstitucionalidade reconhecida, cabe, ainda, verificar a partir de quando e com que efeito o novo prazo pode ser validamente aplicado.

Importa que haja manifestação expressa desta Corte sobre a transição entre o prazo anterior de dez anos para o prazo novo de cinco anos, porquanto significa definir o limite da inconstitucionalidade que se afasta. Sem uma definição clara quanto a tal ponto, a análise restaria incompleta e não cumpriria a função pacificadora que se espera do mecanismo da repercussão geral.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu, no acórdão recorrido, que, após o período da *vacatio legis* de 120 dias, incidiria plenamente a LC 118/2005 às ações que viessem a ser ajuizadas, forte na orientação consolidada no enunciado 445 da Súmula deste Supremo Tribunal Federal.

Já a Primeira Seção do STJ vem entendendo, em outras ações, que se deve aplicar a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, de modo que as repetições e compensações relativas a indébitos anteriores à vigência da LC 118/2005 continuem regidas pelo prazo anterior de dez anos, limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. Senão vejamos:

> *Ação de repetição de indébito. Prescrição. Termo inicial. Tese dos cinco mais cinco. Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005. Jurisprudência da Primeira Seção. Embargos de divergência. Dissenso jurisprudencial superado* (...)
> 6. A prescrição da ação de repetição de indébito após o advento da LC 118/05 deve

ser aferida da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 9-6-05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. 7. É que a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos EResp 644.736/PE, julgado em 6-6-2007). 8. Deveras, a norma inserta no art. 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa (...) 9. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (9-6-2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."). 10. Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. [STJ, Pet 4.976-AgRg /MG, rel. min. Luiz Fux, Primeira Seção, agosto/2008.]

Há, pois, dois entendimentos possíveis, já adotados na matéria: um, implicando a plena aplicação do prazo novo às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis*; outro, resguardando uma transição mais gradual.

Este Supremo Tribunal, conforme destacado no julgado do TRF da 4ª Região, já considerou válida a aplicação de lei que reduziu prazo às prescrições em curso quando da sua vigência nos processos a partir de então ajuizados, conforme o enunciado 445 da Súmula deste Tribunal, que transcrevo: "A Lei 2.437, de 7-3-1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1º-1-1956), salvo quanto aos processos então pendentes."

Relembro que a Lei 2.437/1955, alterando o Código Civil de 1916, reduziu diversos prazos, como o do art. 177, relativo às ações pessoais, e o do art. 550, relativo à usucapião, que passaram de trinta para vinte anos. Entendeu esta Corte, nos precedentes que deram origem ao enunciado analisado, que, tendo havido uma *vacatio legis* alargada, de dez meses entre a publicação da lei e a vigência do novo prazo, tal fato teria dado oportunidade aos interessados para ajuizarem suas ações, interrompendo os prazos prescricionais em curso, sendo certo que, a partir da sua vigência, em 1º de janeiro de 1956, o novo prazo seria aplicável a qualquer caso ainda não ajuizado.

Embora sugerida, em votos vencidos, regra de transição mais larga, forte em doutrina estrangeira, o Tribunal entendeu que tinham fundamento nos direitos positivos francês e português, sem correspondência no direito positivo brasileiro, deixando, pois, de aplicá-la. Efetivamente, a LICC não trazia regra de

transição. Tampouco o Código Civil de 1916 trazia qualquer preceito para equacionamento da aplicação, no tempo, de leis redutoras de prazos.

Considerou, ademais, o Tribunal como regra de transição suficiente, a observância da alargada *vacatio legis*, permitindo a aplicação irrestrita da lei nova a todas as ações posteriores ao início da vigência do prazo reduzido.

A solução para o presente caso deve ser a mesma.

É verdade que, atualmente, existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma do art. 2.028 do CC, que dispõe: "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

Todavia, o art. 2.028 do CC é regra interna daquela codificação, pois se limita a resolver os conflitos no tempo relativos às reduções de prazos impostas pelo novo Código Civil de 2002 relativamente aos prazos maiores constantes do Código de 1916. Não se trata sequer de uma norma geral, diferenciando-se, assim, daquelas constantes – por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, por seu conteúdo, e na LC 95/2008, expressamente requerida pelo art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Constitui o art. 2.028 do CC um simples dispositivo de lei ordinária com aplicação específica que não impede, de modo algum, que outras leis ordinárias ou complementares disponham em sentido diverso, desde que respeitadas, por certo, as garantias constitucionais.

É relevante ter em conta que o legislador, ao aprovar a LC 118/2005, não pretendeu aderir à regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Não o fez expressamente, tampouco por omissão. Tivesse estabelecido o novo prazo para repetição e compensação de tributos sem determinar sua aplicação retroativa, quedando silente no ponto, permitiria a aplicação do art. 2.028 do CC por analogia, mecanismo que se viabilizaria tendo em conta o princípio da unidade do ordenamento jurídico e a própria regra constante do art. 108, I, do CTN, que coloca a analogia como método preferencial de integração da legislação tributária. Ocorre que não o fez e que a utilização da analogia pressupõe lacuna, o que, no caso da LC 118/2005, inexiste.

Efetivamente, não há dúvida de que a intenção do legislador foi aplicar, na maior dimensão possível, o novo prazo, inclusive, retroativamente.

Se, de um lado, como já afirmado, a aplicação retroativa e a aplicação imediata às ações ajuizadas em seguida à sua publicação implicariam violação à segurança jurídica, de outro, é certo que não há direito adquirido a regime jurídico e que, como visto no caso da Súmula 445, não ofende a Constituição a aplicação do prazo reduzido às pretensões pendentes nas ações ajuizadas após a *vacatio legis*.

Tenho que se impõe tal solução porque cabe a esta Corte expurgar, da iniciativa legislativa, o que nela há de inconstitucional e somente isso, permitindo a aplicação da LC 118/2005 tão logo se verifique válida. E, para tanto, como se viu, não é necessário seguir regra de transição tal como a do art. 2.028 do Código Civil, bastando, isto sim, aguardar o decurso da *vacatio legis*.

Aliás, é relevante considerar que a LC 118/2005, assim como a antiga Lei 2.437/1955, objeto da Súmula 445, estabeleceu uma *vacatio legis* superior à prevista na Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/1942), cujo art. 1º diz que: "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada." A LC 118/2005 estabeleceu prazo maior, de 120 dias: "Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

Ainda que a *vacatio legis* estabelecida pela LC 118/2005 seja menor do que aquela prevista na Lei 2.437/1955, de dez meses, não há como negar que os tempos são outros.

Desnecessária, até mesmo, qualquer comparação mais detida, bastando imaginar a dificuldade de acesso à informação em uma época em que o *Diário Oficial da União* só era publicado em meio físico e levava muito tempo para chegar aos diversos Estados e Municípios do País, em que a qualidade das transmissões de rádio ainda era precária, em que a própria TV era incipiente no Brasil, em que os escritórios de advocacia não eram tão especializados e em que as petições iniciais eram datilografadas para serem protocoladas, muitas vezes, em varas da Justiça distantes do domicílio do autor.

Atualmente, toma-se conhecimento imediato do *Diário Oficial*, via internet, em qualquer lugar, a partir de qualquer residência ou escritório e sem custo. Além disso, a facilidade de acesso à informação, seja sobre as inovações legislativas ou sobre suas repercussões, é, hoje, incomparável. Enfim, em tempos de comunicação eletrônica, de operações em tempo real, de celular, de produção das peças processuais em rápidos computadores, de Justiça interiorizada e de tantas outras modernidades, quatro meses é tempo considerável, suficiente para que o contribuinte possa exercer sua pretensão, ajuizando a ação que se faça necessária com o objetivo de ver reconhecido o indébito e condenada a Fazenda ao ressarcimento via repetição ou compensação.

Conforme se extrai do art. 8º da LC 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, a vigência da lei deve "contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão".

Tenho que o art. 4º da LC 118/2005, na parte em que estabeleceu *vacatio legis* alargada de 120 dias, cumpriu tal função, concedendo prazo suficiente para que os contribuintes não apenas tomassem conhecimento do novo prazo, como para que pudessem agir, ajuizando as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Note-se que foi significativa a avalanche de ações ajuizadas perante a primeira instância em tal prazo, até 8 de junho de 2005, sinal, aliás, de que tal prazo cumpriu sua finalidade, não havendo fundamento constitucional para proteger o contribuinte da sua própria inércia, cabendo dar aplicação ao velho brocardo latino: "*Dormientibus non sucurrit jus.*"

Assim, vencida a *vacatio legis* de 120 dias, é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC 118/2005, em 2 de junho de 2005, antes, pois, do prazo fatal que se esgotava em 8 de junho. Correta, pois, a aplicação, pelo Tribunal *a quo*, do prazo de dez anos anteriormente vigente.

Isso posto, **conheço** do recurso extraordinário da União, mas, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 por violação do princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos arts. 1º e 5º, XXXV, e considerando válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, **nego-lhe provimento**. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a ministra Ellen Gracie explicitou que sou relator do RE 561.908, no qual, admitida a repercussão geral, versada idêntica matéria. Então, se os colegas que votam antes de mim permitirem, gostaria – muito embora ainda não tenha confeccionado relatório nem voto – de adiantar ponto de vista, e talvez fazer um contraponto ao voto proferido.

Diria que nisso é que se dá tentar modificar o rumo de uma jurisprudência, não interpondo recurso, mas buscando-se a solução normativa no Congresso Nacional.

Começo por louvar a inteligência dos advogados tributaristas. Realmente, a cada passo me surpreendem, no que, mediante ato de vontade, que é o interpretativo, acabam criando situações e levando certos órgãos judicantes ao convencimento.

O que respalda o inconformismo da União? Um Código Tributário que vigorou durante muitos anos, já que é de 1966, contemplando o tratamento igualitário sob o ângulo prescricional, considerada a dívida ativa e passiva da Fazenda, ou seja, a observância, em se tratando de ação da Fazenda ou do contribuinte, do quinquênio, para questionar-se certo tributo.

Comungo com a relatora. A segurança jurídica pressupõe o respeito ao que se contém no inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais:

> Art. 5º (...)
> (...)
> XXXVI – a lei [e o legislador não pode, muito menos órgãos administrativos, muito menos o Judiciário, olvidar certos institutos] não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Já disse, nesta bancada, que, para mim, a coisa julgada é ato jurídico perfeito por excelência. A primeira condição da segurança jurídica, presente o que se contém no referido inciso XXXVI, é a irretroatividade da norma editada.

Mas indago: houve inovação com a vinda à balha do art. 3º da LC 118/2005? Não. O surgimento dessa lei – e nada surge sem uma causa, é o princípio do determinismo –, já anunciei, foi uma tentativa de afastar do cenário jurídico a óptica do Superior Tribunal de Justiça, no que acabou introduzindo tratamento diferenciado, tendo em conta algo que sempre foi uno, ou seja, o prazo para ajuizamento de ação tributária. Sempre foi uno – repito –, levando em conta o interesse da Fazenda – revelado na dívida ativa e considerado o interesse do contribuinte –, presente a dívida passiva.

Presidente, atuamos ante um sistema, e toda vez que preciso refletir sobre prescrição, preciso refletir sobre decadência. Lembro-me de obra clássica que folheei quando estava nos bancos da Nacional de Direito: "Da prescrição e da decadência", de Câmara Leal. E, então, surge questionamento inafastável: quando começa a correr a prescrição para ajuizamento de uma ação? Qual é o termo inicial da prescrição? O surgimento de uma ação exercitável, a denominada, para os romanos, *actio nata*. Nascida a ação, tem-se, até mesmo para afastar e evitar a inércia daquele que se diga titular de um direito integrado ao respectivo patrimônio, o curso do prazo assinado em lei.

Essa premissa é linear, é observável a qualquer momento. Então, faço outra indagação: para que o contribuinte possa ajuizar a ação de repetição de indébito, ante pagamento indevido, ante pagamento a maior, ante pagamento equivocado, necessita do transcurso dos cinco anos para, tacitamente, segundo o Código Tributário Nacional, ter-se como ocorrida a homologação, nesse caso concreto em que o Código aponta que o recolhimento do tributo independe de iniciativa administrativa-fiscal e se dá por "antecipação"? Ajuizasse o contribuinte a ação, imediatamente após ter batido no guichê para o recolhimento do tributo, e constatado no dia seguinte a erronia nesse recolhimento, seria uma ação fora de época? Não, presidente. Mas, como disse, para tentar inclusive evitar o que se mostrou uma avalanche de pretensões de contribuintes que tinham deixado passar os cinco anos previstos no Código Tributário Nacional, veio à balha o famigerado art. 3º da LC 118/2005, sem um objeto maior em termo de normatividade abstrata, confirmando simplesmente o que esteve em vigor desde 1966, e mereceu nova interpretação – isso confirma realmente que a interpretação é ato de vontade – a dispor:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre (...)

E ocorre mesmo, já previa o Código, não a extinção definitiva, porque segundo o § 4º do art. 150, pressupõe a passagem de cinco anos para a atuação do Fisco, homologando expressamente o que devido a título de tributo.

É o que está no § 4º:

> Art. 150. (...)
> (...)
> § 4º Se a lei não fixar prazo à homologação [naquele recolhimento dito antecipado, mas que não é bem antecipado, é o recolhimento a hora e a modo], será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo [aí sim] sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se [homologação implícita, homologação por ficção jurídica] homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por que definitivamente? Porque há extinção do crédito, quando o contribuinte comparece e recolhe o valor devido, estando pedagogicamente mencionada no § 1º do 150:

> Art. 150. (...)
> (...)
> § 3º O pagamento antecipado [é antecipado em relação à homologação, dispensando como disse, a atividade administrativa fiscal] o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito [aí sim], sob condição resolutória [que, vindo a lume, afasta essa extinção] da ulterior homologação do lançamento.

E a cabeça do artigo:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Presidente, para mim, a premissa é inafastável. A ação exercitável não surge após o decurso de cinco anos para a homologação, verificada ou não. Na ação exercitável do contribuinte, a causa única de pedir é o pagamento indevido. Verificado o pagamento indevido, como também no caso de sonegação, as ações nascem imediatamente.

O art. 3º reafirmou – e com toda vênia do Superior Tribunal de Justiça, conhecia o dom da multiplicação, não o da dobra de prazo prescricional –, buscou redirecionar essa jurisprudência, no que – volto a frisar – criativos tributaristas chegaram à tese de que não são cinco anos para o ajuizamento da ação, mas são dez anos, afastando o tratamento igualitário contemplado no Código de 1966, presente Fazenda e contribuinte. Então, continuo, para ressaltar que não houve inovação normativa alguma. Até mesmo com receio de que pudessem tomar o preceito como inovador, aumentando o prazo de cinco para dez anos – e o prazo de cinco sempre foi respeitado, segundo as normas do Código Tributário Nacional –, rotulou-se o novo preceito como interpretativo, e o é. Eis um dispositivo inócuo a revelar que "para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos do artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento",

e continua do "Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso", é o que está no parágrafo, "de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento" – se estou em débito e devo recolher tributo, e vou ao guichê e recolho, evidentemente estou pagando o tributo – "do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei."

O impacto de pronunciamento judicial, principalmente do Supremo, não me preocupa muito. O que me preocupa é a instabilidade que se verificou, no que, após a vigência, por anos e anos, do Código Tributário Nacional, sem alteração desse Código, assentando em bases democráticas o tratamento igualitário das partes, se passou a dizer: olha, no caso de o contribuinte recolher tributo, sem a atividade da autoridade administrativo-fiscal, fazendo-o de forma equivocada, não passa ele a ter os cinco anos, alusivos à prescrição da ação, contados desse pagamento, mas, sim, do transcurso daqueles outros cinco anos, alusivos à homologação definitiva.

Presidente, peço vênia à relatora – concordando com muitas premissas lançadas no voto de Sua Excelência – para não placitar a criatividade desses grandes profissionais preocupados com os contribuintes, ante uma carga tributária, que é praticamente invencível, no que, com o endosso do Superior Tribunal de Justiça, veio a transformar prazo que sempre foi de cinco anos, sempre foi observado como relativo ao quinquênio, em dobrado, passando a ser de dez anos.

Conheço e provejo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, inicio por cumprimentar o brilhante voto trazido pela eminente ministra relatora. Cumprimento também o voto proferido pelo ministro Marco Aurélio. Destaco a qualidade das sustentações apresentadas pelos nobres advogados.

Senhor presidente, vou pedir vênia à ministra relatora para acompanhar a divergência aberta pelo ministro Marco Aurélio, tendo em vista, além de tudo que Sua Excelência já assentou, que eu não vejo, na lei, atentado contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A lei pode retroagir, respeitando esses princípios. Nesse sentido, senhor presidente, eu também acompanho o ministro Marco Aurélio e dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União.

A constitucionalidade do art. 3º da lei, como disse a ministra Ellen Gracie no seu voto, não está em discussão. Estamos a discutir a parte final do art. 4º, que é a retroatividade trazida na LC 118, para essa interpretação. Tendo em conta que não há direito adquirido em relação a regime jurídico, não vejo nenhuma ofensa a ato jurídico perfeito – evidentemente que aquilo que já tiver coisa julgada será respeitado, mas a lei não está ofendendo, não está desfazendo nenhum ato judicial – e também não vejo aqui atentado ao direito adquirido.

Nesse sentido, dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, a fim de assentar a constitucionalidade do dispositivo em questão, reformando o acórdão do Tribunal Regional Federal na parte em que assentou a inconstitucionalidade dessa parte final do art. 4º da LC 118.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, também começo por louvar o brilhante voto, como sempre, da ministra Ellen Gracie e, também, do ministro Marco Aurélio, porém peço vênia à relatora, senhor presidente, mas não consegui vislumbrar no art. 3º da LC 118 uma inovação, uma norma novidadeira, pelas circunstâncias de que se repete rigorosamente o que se tem no art. 168, I, e o art. 106, tudo com base no art. 150 do Código Tributário Nacional.

Foi dito da tribuna que já teria havido a pacificação e, portanto, a garantia de que aquela interpretação jurisprudencial dada tinha se afirmado. Há dois dados que me chamaram a atenção na pesquisa que fiz sobre a matéria: a primeira, o número de ações nas quais se continuava a discutir a matéria, inclusive alguns represados quando foi reconhecida a repercussão.

Tenho aqui, por exemplo, um voto do ministro Teori Zavascki, no Recurso Especial 423.994, que é de 2005 ou 2004, me parece, no qual se tem expressamente:

> O caso dos autos é paradigmático, porque põe em confronto duas orientações do STJ, adotadas há muito tempo, mas que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se mostram incompatíveis, expondo a fragilidade dos fundamentos que as sustentam.

E, portanto, havia sempre uma dúvida, uma insegurança, não a segurança devidamente consolidada nos termos da doutrina do chamado "cinco mais cinco".

Essa é a razão pela qual, senhor presidente, dentre outros argumentos que já foram aqui mencionados, considero inocorrer a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º, porque, então, neste caso, o que se teria relativamente ao que posto no art. 3º era apenas a afirmação de um entendimento a ser aplicado e, neste caso, sem qualquer novidade que pudesse, de alguma forma, agredir o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, razão pela qual também conheço e dou provimento ao recurso da União.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peço vênia à divergência para acompanhar a eminente ministra Ellen Gracie.

Não fossem os brilhantes argumentos desfiados por Sua Excelência, louvo-me também no parecer que recebi do eminente professor Paulo de Barros Carvalho, que é professor titular de direito tributário, não apenas na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mas também na Universidade de São Paulo. Esse eminente

mestre – e estou convencido disso – assenta que o art. 3º da LC 118 não configura uma norma de caráter interpretativo. Trata-se de uma regra que altera a sistemática vigente, inovando o ordenamento. Portanto, ele defende aquela interpretação vigente, firme, segura, pacificada no STJ, de que para efeito da prescrição se aplicaria o prazo de cinco mais cinco anos, como se convencionou a chamar.

O professor Paulo de Barros Carvalho invoca – e, a meu ver, com razão – sobre os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito que, para serem observados, determinam que a sua implantação, ou as alterações legislativas, só tenham efeito após a sua vigência, ou seja, não podem aplicar-se a fatos pretéritos.

Em conclusão, estou entendendo que o art. 3º da LC 118 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre as situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência; ou seja, quatro meses após a sua publicação, de forma consentânea, inclusive, com a previsão expressa que consta de seu texto.

Portanto, acompanho às inteiras o douto voto da ministra Ellen Gracie, pedindo vênia à divergência.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também peço vênia à divergência e vou acompanhar a eminente relatora, sem embargo da ótima defesa feita da tribuna pelo advogado representante da União.

Também leio e releio, e não consigo enxergar no art. 3º da Lei 118/2005 esse caráter meramente expletivo, ou esclarecedor ou interpretativo. Acho que houve inovação no ordenamento jurídico, a me convencer de que sua aplicabilidade se dará também, para usar de advérbio utilizado pelo ministro Lewandowski, prospectivamente. Depois, uma lei que se pretende linearmente retroativa, não estabeleceria ela própria um período de *vacatio*, ela entraria em vigor 120 dias depois de sua edição.

Sem mais delongas, acompanho, pelos fundamentos e pela conclusão, o voto da eminente relatora.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, vou pedir vênia à eminente relatora, para acompanhar a divergência aberta a partir do voto do ministro Marco Aurélio. Eu já lidei com esse tema há algum tempo, e confesso que, para chegar a esse resultado dos cinco mais cinco, tive que fazer um tipo de malabarismo jurídico. Sempre tive grande dificuldade para compreender e aprender como se construiu essa ideia dos dez anos. Essa é uma questão importantíssima.

O sr. ministro Marco Aurélio: Excelência, apenas um adendo: continua em vigor a cabeça do art. 168 do Código Tributário Nacional, a revelar que o prazo é de cinco anos. Surgiu uma dúvida, e o preceito, como assentei, veio à balha a partir de guinada na jurisprudência, no que se passou a considerar – visando

saber se transcorrido, ou não, os cinco anos para a propositura da ação pelo contribuinte – não a extinção do § 1º do art. 150, aquela sujeita, de qualquer forma, a condição resolutiva, mas a extinção expressa ou ficta pela passagem dos cinco anos do § 4º do mesmo artigo. Penso que ninguém tem dúvida de que o prazo prescricional é realmente de cinco anos. A questão está no termo inicial. E vem a doutrina, a jurisprudência, o próprio sistema, revelando que, no caso, o termo inicial da prescrição coincide com o nascimento da ação.

Pois bem, pago um tributo erroneamente, equivocadamente, a partir de quando se tem a ação exercitável? Do dia seguinte ao do pagamento, ou, até, no mesmo dia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é uma questão vital, especialmente quando se cuida de controle de constitucionalidade de leis. Por quê? Porque há uma coisa que nós referimos continuadamente que é a ideia da nulidade de uma lei inconstitucional. Em geral, nós falamos que a lei é nula e, portanto, que isso vale *ipso jure* com eficácia *ex tunc*; esse é o nosso discurso tradicional.

Todavia, essa retroatividade esbarra na fórmula de preclusão. Portanto, essa questão é fundamental: é saber qual é o limite que é dado pelo legislador quando fixa prazo de decadência ou de prescrição. Tanto é que nós separamos a questão dos planos. Uma questão é a nulidade no plano normativo; outra é no plano do ato concreto; significa dizer: Qual é o limite da retroatividade? Esse é o debate que está em jogo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Critiquei a lei, apontei-a como inócua, como a visar redirecionamento da jurisprudência. Devo penitenciar-me, presidente: teve uma virtude, ou seja, trazer a matéria ao Supremo, porque, caso se continuasse a discutir sob o ângulo apenas do Código Tributário Nacional, jamais teríamos oportunidade de nos pronunciar sobre o tema.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu entendo a lei numa dupla perspectiva, e também li atentamente, vamos dizer, o magnífico e cuidadoso voto do ministro Teori Zavascki. Por quê? Porque a norma também é a sua interpretação. Essa é a lição que nós colhemos da doutrina pacífica de hermenêutica. E, no caso, o STJ tomou isso como verdadeiro, mas nunca houve um pronunciamento nosso nesse sentido. Fez essa construção, portanto. E isso obrigou – vamos reconhecer, e esta é outra perspectiva – que a Fazenda diligenciasse, então, essa chamada lei interpretativa, porque era a única forma de trazer o tema ao Supremo. A não ser que se discutisse a nulidade, quer dizer, qual era a dimensão da nulidade para efeito da repetição. Mas isso envolveria outra discussão delicada, porque nós declamamos costumeiramente o princípio da nulidade da lei inconstitucional, mas não sabemos fundamentá-la no texto constitucional, pois não há um texto, diferentemente do que acontece, por exemplo, com a Constituição portuguesa, que fale que a lei é nula. Nós não temos um texto que diga que a lei inconstitucional é nula. Nós chegamos a isso por uma tradição do nosso constitucionalismo, mas haveria muita dificuldade, para os fins de um recurso extraordinário, para a Fazenda articular esse recurso extraordinário. Daí ter percebido bem o ministro Marco

Aurélio, ao dizer: a rigor, a lei foi a única forma de trazer o tema, de algum modo, ao Supremo Tribunal Federal.

Eu entendo a construção sofisticada, elaborada pelo STJ, a partir do próprio voto do ministro Teori Zavascki. É natural que assim seja, porque ele interpretou a questão a partir da interpretação conferida pelo STJ. Mas o tema no próprio STJ foi sempre controvertido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, veja Vossa Excelência, a concluir-se de forma diversa, se assentará indispensável a homologação expressa ou implícita para ter-se a ação exercitável, como se o contribuinte não pudesse...

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nós não estamos a falar de nenhum prazo angusto; estamos a falar já de um prazo suficiente de cinco anos, para quê? Para a repetição do indébito que é uma ação que tem graves consequências para a subsistência da higidez, solidez tributária.

Imaginem hoje – e a tendência é esta, e esse fenômeno já tem ocorrido – que nós tenhamos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a Lei de Imposto de Renda, passados dez ou quinze anos, com esta interpretação. Certamente nós temos uma repetição de indébito nesta dimensão. E como se resolve um problema como este? Não há outra alternativa, senhores ministros, a não ser fazer uma elevação tributária; não há outra forma de resolver o problema.

Por isso a fórmula de preclusão é fundamental na composição desses interesses. Tanto é que, naquele caso que discutimos aqui sobre a prescrição em matéria de previdência social, nós entendemos que era de se reconhecer que a prescrição teria de ser de cinco anos, portanto aplicando o Código Tributário, mas entendemos, também, de fazer a mitigação, ou a modulação de efeitos, permitindo que não houvesse a propositura de ações de repetição a não ser para aqueles casos que já estavam ajuizados. Por quê? Para delimitar o impacto que isso causa às finanças públicas. Poderíamos dizer: "Não, nesse caso estamos fazendo um tipo de estatolatria." Nada disso. A rigor, trata-se apenas de um pensamento de responsabilidade fiscal, porque, por outra via, abriremos as veias tributárias para uma hemorragia. É essa, simplesmente, a medida que se toma.

De modo que peço todas as vênias ao voto proferido pela ministra Ellen Gracie, que, em linhas gerais, consagra essa posição que era dominante no STJ – e aqui aflora um problema que já foi apontado, que é comum e que já o vivenciamos de alguma forma, quando temos essa distinção entre as competências para examinar a questão da constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e a competência de um órgão como o STJ para aferir a legitimidade da lei e a sua interpretação, que pode ser inconstitucional.

Os senhores hão de se lembrar que tivemos aquela discussão a respeito da Cofins – relator, salvo engano, o ministro Sepúlveda Pertence – sobre serviços em que, mais ou menos, tivemos esse mesmo fenômeno; anos a fio tivemos essa interpretação, porque a matéria não era devidamente articulada para embasar um recurso extraordinário admissível.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vejam a que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça! Uma mesma relação jurídica pode envolver dois prazos prescricionais diversos, conforme o titular do direito: se for a Fazenda, deve cobrar em cinco anos, se for o contribuinte, conta com dez anos para propor a ação relativa à repetição do indébito!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não me parece razoável. Portanto, do ponto de vista de política legislativo-constitucional a interpretação leva a um resultado desmedido ou desproporcional.

De modo que, com essas observações, reconhecendo a boa engenharia da construção tanto de quem desenvolveu a tese inicial quanto depois, da própria solução – vamos chamar assim – da lei interpretativa, a mim me parece que a solução, realmente, é dizer: a rigor o dispositivo já comportava essa interpretação que era, de fato, a interpretação constitucional.

O sr. ministro Marco Aurélio: (Inaudível)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. E a interpretação desenhada pelo STJ, placitada e homogeneizada, essa sim, levaria a uma inconstitucionalidade.

Portanto, peço vênia à eminente relatora e aos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto para acompanhar a manifestação aqui desenvolvida inicialmente a partir do voto do ministro Marco Aurélio e prover o recurso.

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), Vossa Excelência me permite? Por que não cogitar do prazo de quinze anos? Explico melhor: contando-se o prazo do art. 168 do Código Tributário Nacional, apenas a partir do esgotamento daquele relativo à homologação pela autoridade administrativa fiscal. Com essa interpretação, serão quinze anos!

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), se pudéssemos, sem essa lei, interpretar apenas o Código Tributário Nacional, se ainda tivéssemos essa competência, para guardar a intangibilidade da legislação federal, a conclusão seria única: cinco anos a partir do pagamento indevido. Mas veio essa lei e talvez se mostre um tiro pela culatra, porque se parte da premissa de que o Código, antes, realmente dispunha sobre cinco anos a partir do pagamento indevido, mas que criou outra situação. Qual seria a outra situação se a premissa é dos cinco anos a partir do pagamento indevido, segundo o Código? Tentou, sim, corrigir tendência do Judiciário na voz do Superior Tribunal de Justiça. E, nessa tentativa – daí ter-se dito que a norma é interpretativa –, passou-se a ter "base" para discutir o termo inicial da vigência desse art. 3º, como se, antes, o prazo já fosse de dez anos,

e não de cinco. O Supremo aplicou no passado o Código Tributário Nacional, fazendo-o durante anos e anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Alguns casos em que nós declaramos a inconstitucionalidade, eu me lembro do caso daquela antiga contribuição do Incra que tinha aquele acréscimo, o ITR, que era retido pelo Incra, um percentual à guisa de administração do tributo e o repasse aos Municípios, há uma série de precedentes afirmando a regra do art. 168 na sua inteireza, por quê? Porque se entendia que essa era a regra. Lembro que o relator desse caso, salvo engano, foi o ministro Oscar Dias Corrêa. Portanto, era essa a concepção.

Eu só gostaria de ressaltar, nessa linha, que, independentemente da discussão que nós venhamos a travar sobre ao caso concreto, aqui pontifica um problema que assoma sempre que nós venhamos a ter o debate puramente de interpretação de uma lei: nós podemos ter várias interpretações possíveis que não ferem a questão constitucional e, portanto, não haverá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Nós estamos a falar, portanto, da delicada convivência entre Supremo Tribunal e STJ, é disso de que nós estamos a falar. Por isso que rememorei aquele outro julgamento do caso da Cofins, que também veio a partir de um debate sobre uma eventual revogação. Quer dizer, se a Fazenda engendrasse uma forma, e não é muito fácil, para fazer um recurso extraordinário, alegando a inconstitucionalidade da interpretação, porque não era disso que se trataria, nós certamente não admitiríamos ou teríamos dificuldade em admitir. Eu só estou chamando a atenção para a delicadeza desse caso porque certamente teremos outros, especialmente em matérias eminentes como a matéria tributária e outras leis importantes, em que o STJ assume uma dada interpretação e como não há possibilidade ou há uma enorme dificuldade. Vejam que, nesse caso específico, nós tínhamos uma outra dificuldade. Eu mesmo já cheguei a especular um pouco sobre isso, tendo em vista essas chamadas cláusulas de preclusão. E eu me perguntava: como um recurso extraordinário chegará ao Supremo Tribunal Federal?

O sr. ministro Marco Aurélio: Daí, ministro, vir sustentando que, caso a caso, o Supremo deve distinguir a transgressão à Carta a partir de dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, e não alçar o dogma sacrossanto à jurisprudência segundo a qual o maltrato à Carta tem que ser direto e frontal. Há situações concretas que – e não é crível que órgão investido do ofício judicante assente isso – mesmo o órgão não consignando que a lei dispõe em certo sentido, decide de forma diametralmente oposta, há transgressão ao princípio da legalidade por descumprimento da própria lei ordinária.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, mas a dificuldade estaria exatamente em como articular e, claro, diante da nossa jurisprudência compreensivelmente defensiva.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Na Corte Constitucional espanhola, nós tivemos aquele embate em que o Supremo Tribunal de Justiça condenou a Corte Constitucional por ter atrasado no julgamento de um determinado processo, portanto a responsabilizou civilmente, porque a aí a matéria é legal.

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), fatos geradores posteriores.

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), isso, permite-se, observado o princípio da anterioridade, porque se tem regra que repercute no direito material.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito a quem pensa diversamente, se eu estivesse na função de ministro do Superior Tribunal de Justiça, não teria nenhuma dúvida em acompanhar a divergência. Realmente, como o ministro Marco Aurélio já tinha apontado desde o início, o simples fato do pagamento por equívoco, por engano, já desencadearia a acionabilidade ou a pretensão de acionar. Portanto, podia em seguida arguir a questão especificamente de prescrição – ou, como alguns preferem em relação a essa divisão de prazo, de decadência. Realmente, quem se engana, quando percebe o engano, a partir da data do engano, tem prazo que a lei estabeleça para repetir o indébito, se for o caso.

A verdade é que temos dois dados aqui que me parecem decisivos perante a competência desta Corte. Primeiro: Bem ou mal, exercendo a sua competência constitucional, que é a de uniformizar interpretação do direito federal, o egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento contrário ao desta lei. E fixou-o antes, de um modo muito patente, no Recurso 435.835, SC, em março de 2004, ou seja, um ano antes da edição da lei, o que provavelmente ditou a edição da lei. Mas o que me parece é que, como o órgão competente para dar a interpretação dessa lei e, portanto, para revelar a norma – e por isso mesmo serviu de fundamento para a confiança do mundo jurídico –, fixou esse entendimento. Ora, se vem depois lei que, segundo as conveniências do legislador, tenderia a contrariar a norma revelada pelo Superior Tribunal de Justiça, essa norma, sobretudo na matéria tributária, não pode retroagir.

E evidentemente, se ela se ordena a modificar sentido normativo dado pelo órgão jurisdicional competente para a revelação desse sentido, se ela pretende modificar esse sentido normativo, então não pode ser qualificada como norma de interpretação. Ela é inegavelmente norma inovadora, porque põe, no mundo jurídico, sentido novo de um texto legal. Portanto, em matéria tributária, ela só poderia atuar dali para frente.

O problema nem me parece que se situe em relação a fato, porque, na verdade, aqui o problema é saber de prazo prescricional. É pura e simplesmente disto. Este é o primeiro dado. Noutras palavras, temos, segundo o meu ponto de vista, com o devido respeito às divergências, que essa lei introduziu uma norma diferente daquela revelada pelo Superior Tribunal de Justiça no exercício da sua competência constitucional de interpretar e uniformizar o direito federal. De modo que, a meu ver, este é o primeiro dado, para mim decisivo, de que tal lei não pode retroagir.

O segundo dado que me conforta é que, em se tratando de repetição de indébito, qualquer projeção de algum gravame extremamente oneroso, ou extremamente grave para a administração pública, não é fundado. Por quê? Porque, no Brasil, contribuinte que paga por erro são muito poucos e, portanto, ações de repetição de indébito contra a União são muito poucas. Não se trata aqui de algum fenômeno coletivo em que o País inteiro, num dado momento, se enganou e resolveu dar ao Fisco aquilo a que o Fisco não tinha direito. Isso é a realidade. O que sucede é exatamente o contrário. A sonegação é que é ampla. O pagamento por erro é exceção. Noutras palavras, do ponto de vista prático, a mim me parece que esta interpretação dada pela ministra Ellen Gracie e pelos votos que a acompanharam não se vai traduzir, na prática, em nenhum gravame insuportável ao Erário, razão por que, pedindo vênia mais uma vez à dissidência, acompanho a relatora, para negar provimento ao recurso.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, antes da proclamação do resultado, quanto à observação de Vossa Excelência a propósito da repercussão da repetição de indébito, acho que ela é verdadeira quando não se assenta na declaração de inconstitucionalidade, mas quando hoje, e é cada vez mais comum – por isso que foquei a questão nas fórmulas de preclusão, na separação dos planos –, quando nós temos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária; isso tem ocorrido tanto em sede de controle concentrado quanto em sede de controle incidental, daí o ministro Celso ter chamado a atenção para a fórmula do Senado, com um *dies a quo* para essa finalidade, a questão pode ter repercussão até mesmo de pedido administrativo à Fazenda para que faça a devolução imediata, tendo em vista o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Portanto é apenas para que fique claro que esta decisão tem, sim, repercussão quando nós estamos a falar de declaração de inconstitucionalidade da lei tributária.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A repercussão, no meu ponto de vista, é tão insignificativa que ela sozinha não justifica.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Porque, a rigor, seria dispensável até mesmo a propositura de ação, assumindo a teoria da nulidade. Bastaria um pedido perante o Fisco para que se fizesse a devolução do tributo pago a partir da declaração de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que estava na minha observação era isso, indagar qual brasileiro que há mais de dez anos pagou alguma coisa e se lembrou disso só agora.

EXTRATO DA ATA

RE 566.621/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira (Advogado: Jorge Nilton Xavier de Souza). Interessado: Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: PGE/RS – Karina da Silva Brum).

Decisão: Após os votos da ministra Ellen Gracie (relatora) e dos ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso (presidente), conhecendo e negando provimento ao recurso, e os votos dos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, foi o julgamento suspenso para colher o voto do ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque e, pelo recorrido, Ruy Cesar Abella Ferreira, o dr. Marco André Dunley Gomes.

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

Brasília, 5 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo, no qual ficou assentado – aliás, como já se formou aqui um número expressivo de julgados no mesmo sentido – que a LC 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Há uma vasta digressão sobre várias correntes doutrinárias no tocante à caraterização da LC 118 como não sendo uma norma interpretativa. Então, estou de acordo com essa corrente firmada no sentido de que ela não é uma lei interpretativa. Aliás, Vossa Excelência também votou nesse sentido, ministra Ellen Gracie, assim como os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O único destaque que faço é que a LC 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito. Então, o pagamento do indébito é que inaugura o prazo prescricional, e não a propositura da ação, porque com isso se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação.

A nova lei criou um novo prescricional para a ação de repetição de indébito. Esse novo prazo prescricional leva em consideração as lesões ocorridas na data da entrada em vigor da LC 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor. Realmente, se a prescrição é da ação, esse prazo de repetição de indébito tem que ser contado a partir da lesão ao direito, que foi o pagamento indevido.

Eu apenas sugeriria, com essa corrente majoritária já formada, que houvesse um ajuste nesse termo *a quo*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, Vossa Excelência nega provimento?

O sr. ministro Luiz Fux: Nos termos do voto do ministro Celso de Mello.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Luiz Fux:

> Constitucional. Tributário. Segurança jurídica. Princípio da irretroatividade das normas jurídicas (CF, art. 5º, XXXVI). LC 118/2005, arts. 3º e 4º. Diploma supostamente revestido de natureza interpretativa. Prazo prescricional para a repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação. Tese dos cinco mais cinco. Alteração legislativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Criação de direito novo, em prejuízo dos contribuintes e em benefício da Fazenda Pública. Extravasamento dos limites conceituais das normas meramente interpretativas. Impossibilidade de aplicação retroativa. *Tempus regit actum*. Insuficiência do marco temporal da data do ajuizamento da demanda para a definição do prazo de prescrição aplicável. Pretensão de repetição que surge no momento do pagamento indevido. Teoria da *actio nata*. Lei nova cujo prazo prescricional se aplica tão somente aos pagamentos indevidos ocorridos após o início de sua vigência. Corrente inaugurada pelo voto do ilustre ministro Celso de Mello, que ora se perfilha. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Senhor presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo (REsp 1.002.932/SP, rel. min. Luiz Fux), no qual ficou assentado – aliás, como já se formou aqui também um número expressivo de julgados no mesmo sentido – que a LC 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Assim, estou de acordo com a corrente firmada no presente julgamento no sentido de que ela não é uma lei interpretativa, na linha do que votaram os ministros Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso e Celso de Mello.

Com efeito, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça havia consagrado, anteriormente, a tese de que a *extinção do crédito tributário* teria como marco temporal do prazo quinquenal do direito do contribuinte pleitear restituição do indébito (art. 168, I, do CTN), condicionado à homologação expressa ou tácita

do pagamento antecipado (art. 156, VII, do CTN), e não ao próprio pagamento, que configura mera antecipação *ex vi* do art. 150, § 1º, do *Codex* Tributário.

Assim, tendo em vista que a extinção do crédito tributário, em regra, efetiva-se com a homologação tácita, que se ultima cinco anos após a ocorrência do fato jurídico tributário (art. 150, § 4º, do CTN), afirmou-se que o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começaria a fluir decorridos cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo. À guisa de exemplo, merece transcrição a ementa do seguinte julgado oriundo da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *Constitucional. Tributário. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Lei n. 7.787/89. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Precedentes.*
>
> 1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.
>
> 2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.
>
> 3. A ação foi ajuizada em 16-12-1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 9/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.
>
> 4. Precedentes desta Corte Superior.
>
> 5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto. [EREsp 435.835/SC, rel. min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ o ac. min. José Delgado, julgado em 24-3-2004, publicado no *DJ* de 4-6-2007.]

Nada obstante, em 9 de fevereiro de 2005, sobreveio a LC 118, que dispôs, em seu art. 3º, sobre a interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, *verbis*:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, *a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei*.

O art. 4º da LC 118/2005 determinou a aplicação retroativa da norma jurídica inserta no dispositivo supracitado, em conformidade com o disposto no art. 106, I, do CTN, segundo o qual: "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I – em qualquer

caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados".

Diante da aludida inovação legislativa, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconsolidou a jurisprudência acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo *a quo* do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, apenas no que pertine às demandas intentadas antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (EREsp 327.043/DF, rel. min. João Otávio de Noronha, julgado em 27-4-2005). Naquela oportunidade, proferi voto-vista, posicionando-me no sentido de que:

> (...) a Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada "surpresa fiscal".
>
> (...)
>
> À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrá-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório Excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao colegiado, sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima *tempus regit actum*, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o art. 106 do CTN é de constitucionalidade induvidosa até então e ensejou a edição da LC 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.

Entrementes, este Supremo Tribunal Federal, em sede do recurso extraordinário interposto em face do *decisum* proferido nos autos dos EREsp 644.736/PE, nos quais se cuidou da matéria ora em debate, considerou caracterizada a violação do princípio constitucional da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal de 1988), reputando declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que "afasta a incidência de norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sobre critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição".

Consequentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou o processamento, perante a Corte Especial daquele Tribunal, de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, na parte que determina a aplicação retroativa do disposto no art. 3º da mesma lei.

Na sessão de julgamento ocorrida em 6-6-2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acolheu o referido incidente, para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto

no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, *verbis*:

> *Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.*
>
> 1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168, do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.
>
> 2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.
>
> 3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.
>
> 4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência.
>
> 5. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).
>
> 6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida. [AI nos EREsp 644.736/PE, rel. min. Teori Albino Zavascki, julgado em 6-6-2007.]

No voto condutor da arguição de inconstitucionalidade, assinalou ainda o e. ministro relator da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, "com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 9-6-05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Deveras, a norma inserta no art. 3º da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. [nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. *Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo.* Tal é o entendimento da Affolter (*Das intertemporale Recht*, vol. 22, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, p. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual Gabba, *que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma*, (...) Compreensão também de Vescovi (*Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili*, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere Duguit, *para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo* – "*os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente*" (*Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., vol. 2º, 1928, p. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio Paulo de Lacerda concede, entretanto, que *seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.*

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...)

(...) Savigny *coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando:* "*trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade*" (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8º, 1849, p. 513). *Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n. 67), não admira que se procurem torcer as consequências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação.* Há quem, como Gabba (*Teoria delta retroattività delle leggi*, 3. ed., vol. 1º, 1891, p. 29), que invoca Mailher de Chassat (*Traité de la rétroactivité des lois*, vol. 1º, 1845, p. 131 e 154), sendo seguido por Landucci (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau*, vol. 1º e único, 1900, p. 675) e Degni (*L'interpretazione della legge*, 2. ed., 1909, p. 101), entenda que *é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada*. Paulo de Lacerda (*loc. cit.*) *reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é*. Landucci (*nota 7 à p. 674 do vol. cit.*) *é de prudência manifesta*: "*Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada*, quando nem mesmo se possa considerar a mais

errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, *mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa*." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "*Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito*." (*Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., vol. 2º, 1928, p. 274-275). [Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. In: *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.* vol. I, 3. ed., p. 294 a 296.]

Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (9-6-2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

Assim, e em suma, o único destaque que faço com relação aos votos dos ministros Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cezar Peluso se refere ao marco temporal para a incidência da LC 118/2005. Com efeito, se a LC 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito, o fato que inaugura o prazo prescricional, do ponto de vista conceitual, tem de ser o *pagamento do indébito,* e não a propositura da ação judicial, porque com essa última opção se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão – *in casu*, o pagamento indevido. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação, segundo a teoria da *actio nata*, de forma que esse novo prazo prescricional leva em consideração apenas as lesões ocorridas após a data da entrada em vigor da LC 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos *pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor.*

Ex positis, nego provimento ao recurso, acompanhando o voto do ilustre ministro Celso de Mello.

É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Essa óptica implica majoração do prazo, dobrando-o, e está em decisão pioneira no âmbito do Supremo, ou seja, por força

de uma lei que se mostrou, simplesmente, interpretativa, passou-se a ter prazo de dez anos?

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permite, lá no Superior...

O sr. ministro Marco Aurélio: A questão é muito séria.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, não, a questão é mais séria ainda, porque...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos decidir, pela primeira vez...

O sr. ministro Luiz Fux: Porque lá no Superior Tribunal de Justiça nos causou extrema estranheza uma lei ser interpretativa cinquenta anos depois.

O sr. ministro Marco Aurélio: Penso, presidente, que, ante o tipo de matéria, devemos aguardar a presença dos colegas que podem votar no caso.

O sr. ministro Luiz Fux: Todos já votaram, só faltava um voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Todos já votaram, só falta o ministro Joaquim Barbosa, e com o voto do ministro Luiz Fux...

O sr. ministro Marco Aurélio: O ministro Gilmar Mendes votou?

O sr. ministro Luiz Fux: Votou.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Votou com Vossa Excelência.

O sr. ministro Luiz Fux: Só não votou o ministro Joaquim Barbosa, que estava ausente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, pelo que tenho aqui, a relatora, os ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e o presidente negam provimento. Eu, o ministro Dias Toffoli e a ministra Cármen Lúcia damos provimento. O ministro Gilmar Mendes...

O sr. ministro Luiz Fux: Só o ministro Joaquim Barbosa estava ausente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ausente, porque estava licenciado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Bom, de qualquer forma, já proferi o voto.

EXTRATO DA ATA

RE 566.621/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: União (Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional). Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira (Advogados: Jorge Nilton Xavier de Souza e outros). Interessado: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio Grande do Sul).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 4 de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 584.388 — SC

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Recorrentes: Brígida Elizabete Munhoz de Paula e outros — Recorrida: União

Constitucional. Servidor público aposentado. Reingresso no serviço público antes da edição da EC 20/1998 e falecimento posterior à emenda. Dupla acumulação de pensões por morte. Impossibilidade. Precedentes. Recurso improvido.

I – A Carta de 1988 veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvadas hipóteses – inocorrentes na espécie – de cargos acumuláveis na forma da Constituição, cargos eletivos e cargos em comissão (art. 37, § 10, da Constituição).

II – Mesmo antes da EC 20/1998, a acumulação de proventos e vencimentos somente era admitida quando se tratasse de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela CF.

III – Com o advento da EC 20/1998, que preservou a situação daqueles servidores que retornaram ao serviço público antes da sua promulgação, proibiu, em seu art. 11, a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição.

IV – Se era proibida a percepção de dupla aposentadoria estatutária não é possível cogitar-se de direito à segunda pensão, uma vez que o art. 40, § 7º, da Constituição subordinava tal benefício ao valor dos proventos a que o servidor faria jus.

V – Recurso extraordinário conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negar provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 31 de agosto de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pela Segunda Seção do Tribunal Regional

Federal da 4ª Região que, em embargos infringentes, reformou decisão da Terceira Turma da mesma Corte e deu provimento a apelação da União decidindo pela impossibilidade de acumulação de duas pensões de natureza estatutária.

O aresto recorrido apresenta a seguinte ementa:

> *Embargos infrigentes. Direito administrativo. Servidor público. Aposentação. Nova investidura. Óbito. Pensão. Duplicidade. Impossibilidade.*
>
> Deflui da interpretação sistemática dos preceptivos constitucionais atinentes ao regime de aposentadoria e pensionamento do servidor público a impossibilidade da cumulação de dois benefícios de pensão estatutária, à exceção das hipóteses contempladas no § 6º, art. 40, CF/1988. [Fl. 295.]

Na origem, cuida-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta por Brígida Elizabete Munhoz de Paula e seus filhos[1], em que buscavam o direito de perceberem, cumulativamente, duas pensões decorrentes do falecimento do servidor Osni Munhoz de Paula.

O referido servidor aposentou-se como fiscal de contribuições previdenciárias do INSS e, posteriormente, reingressou no serviço público federal, mediante concurso para auditor fiscal do Trabalho, em 5-2-1996, cargo que ocupou até a sua morte, ocorrida em 30-7-2001 (fls. 3-26).

Neste recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, os recorrentes alegam ofensa aos arts. 37, § 10; e 40, § 7º (na redação da EC 20/1998), da referida Carta, bem como aos arts. 3º e 11 da EC 20/1998.

Sustentam, em síntese, que obtiveram a pensão correspondente ao cargo de fiscal do INSS, mas a relativa ao de auditor fiscal do Trabalho lhes foi denegada, indevidamente, uma vez que inexiste qualquer vedação à percepção cumulativa de duas pensões.

Alegam, mais, que a EC 20/1998, ao vedar a percepção cumulativa de proventos e de remuneração pelo exercício de cargo, emprego ou função, ressalvou o direito dos servidores inativos que houvessem ingressado novamente no serviço público até a data de publicação da citada emenda.

Em abono desse ponto de vista, asseveram que:

> (...) tendo o servidor falecido então aposentado, ingressado por concurso novamente no serviço público, seus dependentes teriam direito à obtenção de pensões decorrentes dos dois vínculos mantidos com a administração federal, (...) além do fato de ter contribuído à previdência para tal finalidade. [Fl. 357.]

Nas contrarrazões, encartadas às fls. 421-430, a União afirma, em suma, que inexiste direito à percepção simultânea de duas pensões, assentando o seguinte:

> Apenas é possível ao próprio servidor, e não beneficiários, enquadrado nos termos do art. 11 da EC 20/1998, perceber os proventos do cargo anterior em que

---

[1] Karlos Munhoz de Paula, Kassio Munhoz de Paula, Kaius Munhoz de Paula e Kyllian Munhoz de Paula.

se aposentou, mais a remuneração decorrente do exercício efetivo de outro cargo público, após a aprovação em concurso público. [Fls. 425-426.]

Quanto à alegada existência de direito adquirido, fundado no art. 3º da EC 20/1998, a União registra que: i) o servidor, instituidor da pensão, não preenchia, em relação ao segundo cargo que exerceu, os requisitos para a acumulação; e ii) a Constituição vedava, no art. 37, XVI, como ainda veda, em casos semelhantes ao presente, a acumulação de cargos e, consequentemente, de vencimentos e proventos (fl. 426).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso em parecer assim ementado:

> *Recurso extraordinário com base no art. 102, III, alínea a, da Constituição Federal – Pensão – Acumulação – Impossibilidade – Alegação de ofensa aos arts. 37, § 10, e 40, § 7º, ambos da Lei Maior – Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.* [Fls. 446-451.]

Em 7-5-2009, o Supremo Tribunal Federal considerou existente a repercussão geral da questão constitucional levantada no recurso. Transcrevo a ementa da decisão:

> *Constitucional. Servidor público aposentado. Reingresso no serviço público antes da edição da EC 20/1998 e falecimento posterior à emenda. Cumulação de pensões por morte. Possibilidade. Relevância jurídica e econômica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.* [Fl. 462.]

À ocasião, manifestei-me pela existência de repercussão geral, observando que a questão apresenta relevância do ponto de vista jurídico e econômico, pois o seu julgamento definirá, com base na interpretação dos dispositivos constitucionais supracitados, se é possível ou não a acumulação de pensões por morte, na hipótese em que o servidor aposentado reingressa no serviço público, por meio de concurso, antes da edição da EC 20/1998, falecendo em data posterior ao seu advento.

Essa definição, assentei, servirá de orientação para os diversos tribunais do País e para a administração pública em geral, podendo acarretar efeitos econômicos relevantes tanto para o regime de previdência dos servidores públicos quanto para os beneficiários que venham a se enquadrar nessa hipótese.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): A questão constitucional discutida nestes autos consiste em saber se é possível ou não perceber cumulativamente duas pensões estatutárias pelo falecimento de servidor que se aposentou num determinado cargo da administração pública federal e, posteriormente, nela reingressou por concurso, mais precisamente, em 5-2-1996, permanecendo até o seu falecimento em 30-7-2001.

Valho-me, inicialmente, das lições veiculadas em artigo do eminente ministro Carlos Ayres Britto, veiculado à época em que era procurador do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, acerca da distinção entre as diferentes espécies de pensão por morte existentes no ordenamento jurídico, com a ressalva de que a disciplina da matéria sofreu profundas modificações, após a publicação do referido trabalho, em razão do advento das EC 3, de 1993; 20, de 1998; e 41, de 2003, promulgadas após a sua publicação.

De acordo com o citado articulista, três são as espécies de pensão por morte previstas em nossa Constituição: i) pensão do tipo estatutário, beneficiando os dependentes econômicos do servidor público civil, vinculado a regime próprio, que titularize cargo de provimento efetivo ou vitalício (art. 40 da CF); ii) pensão do tipo previdenciário, destinada a proteger o cônjuge ou companheiro e dependentes em geral do segurado falecido, no qual se incluem os servidores celetistas (art. 201, V, da CF); e iii) pensão do tipo especial, a ser usufruída por viúva, companheira ou dependente daquele que, em vida, participou de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, III, do ADCT).[2]

Eu ousaria, ainda, acrescentar a esse rol uma quarta espécie de pensão, qual seja, a decorrente de benefício submetido ao regime de previdência privada, previsto no art. 202 da Constituição, de caráter nitidamente contratual.

Mas, para a análise do tema ora sob exame, importa-nos apenas examinar o primeiro tipo de pensão, isto é, o estatutário. Esta, conforme lição do ilustre ministro Carlos Ayres Britto, em nada se assemelha ao benefício previdenciário do indivíduo que busca repassá-lo para os que dele dependem economicamente: o direito é adquirido pelo "ato exclusivo da relação funcional que uma dada categoria de servidores mantém com o poder público".[3]

Em outras palavras, a pensão estatutária é um direito que substitui a remuneração do servidor – antes da EC 20/1998 falava-se em vencimentos – ou os seus proventos, se aposentado à data do óbito.

O parâmetro objetivo da pensão, neste caso, é o valor da totalidade dos proventos do servidor, limitados pela EC 41/2003, ao máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição.[4]

---

[2] BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *Pensão por morte na Constituição*. Ciência jurídica, ano IV, n. 35, set./out. de 1990. p. 29-37.

[3] Op. cit., p. 32.

[4] Art. 40, § 7º, da CF: "Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19-12-2003)

I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de sentença por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 41, 19-12-2003)."

Ademais, a Carta Política de 1988 veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvadas hipóteses – que, adianto, são inocorrentes neste caso – de cargos acumuláveis na forma do texto constitucional, cargos eletivos eletivos e cargos em comissão, a teor do que dispõe o art. 37, § 10, da CF.[5]

O Plenário desta Suprema Corte, nos autos do RE 163.204/SP, rel. min. Carlos Velloso, antes da edição da EC 20/1998, nesse sentido, já assentou que "a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição."

Ora, ao tempo do falecimento do servidor, o § 7º do art. 40 da Constituição, na redação dada pela EC 20/1998, estabelecia que

> Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido **ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor** em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º. [Grifei.][6]

Como se vê, para o cálculo da pensão por morte, a Constituição tomava como referência os proventos que o servidor falecido recebia ou os que teria direito se estivesse em atividade na data do seu falecimento.

O servidor em comento, de fato, reingressou no serviço público antes da EC 20/1998. E tal situação foi regrada pelo constituinte derivado no art. 11 desta, *in verbis*:

> A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, **sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal**, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo. [Grifei.]

Desse modo, não obstante a ressalva do direito à acumulação, pelo referido servidor, dos proventos da aposentadoria com a remuneração do cargo que exercia, não lhe era permitida a percepção de mais de uma aposentadoria estatutária.

Se lhe era proibida a percepção de duas ou mais aposentadorias, não há, pois, como cogitar-se de direito ao recebimento de duas ou mais pensões por parte de seus dependentes, uma vez que o art. 40, § 7º, da Constituição subordinava tal benefício aos proventos a que tivesse direito.

---

[5] Art. 37, § 10, da Constituição: "É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração."

[6] O dispositivo sofreu nova alteração pela EC 41/2003.

Em caso semelhante ao presente, no julgamento do RE 463.028/RS, rel. min. Ellen Gracie, ao interpretar o art. 11 da EC 20/1998, consignou o seguinte:

> A simples leitura desse dispositivo revela que a pretensão deduzida no presente feito, dupla acumulação de proventos, foi expressamente vedada na reforma da previdência de 1998.
>
> É irrelevante o fato de a recorrente ter se aposentado de seu segundo cargo antes da citada emenda constitucional, isso porque, segundo a jurisprudência desta Casa, a acumulação pretendida sempre foi proibida pela Constituição.
>
> Ademais, a norma do art. 11 da EC 20/1998 tem caráter transitório e deve ser interpretada restritivamente no sentido de que somente ficaram ressalvadas as acumulações de proventos e vencimentos e não casos como o da recorrente.

A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

> *Constitucional. Administrativo. Dupla acumulação de proventos. EC 20/1998. Impossibilidade.*
>
> 1. Servidora aposentada que reingressou no serviço público, acumulando proventos com vencimentos até a sua aposentadoria, quando passou a receber dois proventos.
>
> 2. Conforme assentado pelo Plenário no julgamento do RE 163.204, mesmo antes da citada emenda constitucional, já era proibida a acumulação de cargos públicos. Pouco importava se o servidor estava na ativa ou aposentado nesses cargos, salvo as exceções previstas na própria Constituição.
>
> 3. Entendimento que se tornou expresso com a EC 20/1998, que preservou a situação daqueles servidores que retornaram ao serviço público antes da sua promulgação, nos termos do art. 11.
>
> 4. A pretensão ora deduzida, dupla acumulação de proventos, foi expressamente vedada no citado art. 11, além de não ter sido aceita pela jurisprudência desta Corte, sob a égide da CF/1988.
>
> 5. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sede doutrinária, sobre o tema ensina o quanto segue:

> Emenda Constitucional n. 20 resguardou, no art. 11, os direitos dos que já vinham acumulando proventos com vencimentos de outro cargo efetivo, apenas proibindo que percebam duas aposentadorias com base no art. 40 da Constituição e impondo o teto salarial previsto no art. 37, XI, à soma dos proventos com vencimentos do cargo.[7]

Observo, por fim, que não se aplica à espécie a regra de transição estabelecida no art. 3º da EC 20/1998,[8] uma vez que o instituidor da pensão não

---

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 534.

[8] Art. 3º da EC 20/1998: "É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de pervidência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. § 1º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências

preenchia, em relação ao segundo cargo exercido, os requisitos para a obtenção de qualquer benefício.

Isso posto, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento**.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Também, presidente, acompanho o brilhante voto do relator.

Como bem posto por ele, essa já é uma decisão que se firma em precedentes deste Tribunal e na esteira da pacífica doutrina sobre essa matéria.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, essa matéria é, no meu modo de ver, de extremada importância. A mim, chama a atenção o memorial da União, na medida em que da decisão que tomarmos podem se desdobrar outros efeitos. Não em relação à matéria de pensão, mas sim em relação à própria possibilidade constitucional de exercício, em sequência, de cargos distintos.

Vou pedir vênia ao ministro Lewandowski para pedir vista, absolutamente sem discordar do seu voto, apenas em função da minha preocupação com o que se desdobra a partir daqui. Não com os pensionistas, mas com os que ainda trabalham.

EXTRATO DA ATA

RE 584.388/SC — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrentes: Brígida Elizabete Munhoz de Paula e outros (Advogados: Antônio Carlos Facioli Chedid e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Após os votos dos ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Cármen Lúcia, conhecendo e negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o ministro Eros Grau. Falou pelos recorrentes o dr. Antônio Carlos Facioli Chedid. Ausentes, justificadamente, os ministros Cezar Peluso (vice-presidente) e Carlos Britto. Presidência do ministro Gilmar Mendes.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Eros Grau,

---

para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, *a*, da Constituição Federal. § 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente. § 3º São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal."

Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 21 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Debate-se nos autos a possibilidade de acumulação de duas pensões de caráter estatutário, após a promulgação da EC 20/1998.

Relembro brevemente os fatos.

Cuida-se, na origem, de ação ordinária em que se busca o direito de os recorrentes perceberem, cumulativamente, duas pensões decorrentes do falecimento de servidor.

O servidor aposentou-se como fiscal de contribuições previdenciárias do INSS e, posteriormente, reingressou no serviço público federal mediante concurso para auditor fiscal do Trabalho, em 5 de dezembro de 1996, cargo que ocupou até sua morte, ocorrida em 30 de julho de 2001.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, proferiu voto no sentido de afirmar a impossibilidade da acumulação das pensões, uma vez que, "não obstante a ressalva do direito à acumulação, pelo referido servidor, dos proventos da aposentadoria com a remuneração do cargo que exercia, não lhe era permitida a percepção de mais de uma aposentadoria estatutária".

Pedi vista dos autos.

O caso a que os autos respeitam não se confunde com os instalados a partir da possibilidade de acumulação de aposentadorias e pensões decorrentes do exercício de cargos acumuláveis nos termos do disposto no art. 37, XVI, da Constituição do Brasil.

Nos casos ali previstos – [i] dois cargos de professor; [ii] um cargo de professor com outro, técnico ou científico; [iii] dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas –, não há dúvida quanto à constitucionalidade da acumulação de aposentadorias – e, logo, de pensões – qual expressamente dispõe o § 6º do art. 40 da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998.

Ademais, permito-me ainda referir a situação de servidores públicos aposentados que, por concurso público e pelas demais formas previstas na Constituição, reingressaram no serviço público anteriormente à vigência da EC 20/1998.

O que o § 10 do art. 37 da CB veda é a percepção simultânea de proventos de aposentadoria, "ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração". Além disso, essa vedação é excepcionada pelo art. 11 da EC 20/1998, cujo teor é o seguinte: "A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço

público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo". O que resulta proibido é a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência, não a percepção de uma aposentadoria pelo regime de previdência e outra, anterior, pelo regime estatutário. Quanto a esse ponto menciono, por todos, o acórdão lavrado no MS 25.149, rel. min. Celso de Mello, no qual são referidos precedentes nos quais fui relator.

Daí que, nessa última hipótese, em caso de morte do servidor, deixará duas pensões, decorrentes de distintos vínculos. A primeira, estatutária. A segunda, contributiva, segundo o regime de previdência instituído pelo art. 40 da Constituição, redação da EC 20/1988. Observo, aliás, que o art. 225 da Lei 8.112/1990 veda a percepção cumulativa de mais de duas pensões, não de apenas uma. Note-se bem, de outra banda, quanto à segunda delas, que à contribuição vertida pelo segurado correspondem benefícios. Incide então o princípio da retributividade, qual se extrai do que também esta Corte decidiu na ADI 2.010, rel. min. Celso de Mello.

Por fim, o art. 3º da EC 20/1998 é suficientemente expressivo ao assegurar "a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente".

A hipótese dos autos enquadra-se perfeitamente, contudo, na vedação da percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto no art. 40 da Constituição do Brasil.

Não obstante parece-me extremamente relevante, em caso de recurso extraordinário marcado de repercussão geral, defina, o Tribunal, que hão direito a dupla pensão não somente os dependentes de servidor que tenha exercido [i] dois cargos de professor ou [ii] um cargo de professor com outro, técnico ou científico ou, ainda, [iii] dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, mas também os dependentes de [iv] servidores públicos aposentados que, de modo legítimo, reingressaram no serviço público anteriormente à vigência da EC 20/1998.

Com essas considerações acompanho o relator. Nego provimento a este recurso extraordinário.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu queria esclarecer que todas essas considerações que foram feitas pelo eminente ministro Eros Grau estão também veiculadas aqui no meu voto.

O sr. ministro Eros Grau: E constarão da ementa que Vossa Excelência há de fazer.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Pois não, inclusive essas hipóteses de acumulação permitida e tudo o mais.

Mas Sua Excelência trouxe um voto muito mais substantivo do que o meu e reforçou o argumento que expendi anteriormente.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, mesmo tendo o dever de reconhecer que os votos do ministro Ricardo Lewandowski sempre são judiciosos, lavrado com pena de mestre, sobretudo com as achegas agora feitas pelo ministro Eros Grau, peço vênia para ter vista regimental do processo.

EXTRATO DA ATA

RE 584.388/SC — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrentes: Brígida Elizabete Munhoz de Paula e outros (Advogados: Antônio Carlos Facioli Chedid e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Após o voto-vista do ministro Eros Grau, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o ministro Ayres Britto. Ausentes, o ministro Joaquim Barbosa (licenciado) e, nesta assentada, a ministra Ellen Gracie. Presidência do ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 27 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Ayres Britto: Inicio este voto com a lembrança de que se trata de recurso extraordinário com repercussão geral já formalmente reconhecida. Recurso interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que indeferiu a pretensão dos recorrentes à percepção de duas pensões por morte, ambas de caráter estatutário.

2. No caso, o instituidor da pensão acumulava os proventos da aposentadoria em cargo efetivo com a remuneração de outro cargo, também de provimento efetivo, para o qual foi nomeado depois de prestar concurso público.

3. Anoto, ainda, que a aposentadoria e o reingresso no serviço público se deram antes da vigência da EC 20/1998, ao passo que a morte aqui discutida se deu após a edição de tal emenda.

4. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, no que foi acompanhado pela ministra Cármen Lúcia e pelo ministro Eros Grau.

5. Pois bem, o relator citou o RE 163.204, da relatoria do ministro Carlos Velloso, para reafirmar a jurisprudência que, no STF, dava pela impossibilidade de recebimento simultâneo de proventos e vencimentos, salvo quando acumuláveis na atividade os cargos, empregos ou funções. Jurisprudência firmada antes mesmo da EC 20/1998 (que introduziu o § 10 do art. 37 para tornar expressa tal vedação).

6. Prosseguiu o relator para afirmar a impossibilidade de o instituidor da pensão perceber proventos de maneira cumulativa, caso viesse a obter a segunda aposentadoria. Isso porque os cargos (aquele no qual se aposentara e o que ele passou a ocupar com o seu reingresso na atividade estatal) não eram acumuláveis. Vale dizer, o servidor não poderia se aposentar no segundo cargo para perceber, cumulativamente, os proventos dessa nova aposentadoria com aqueles da sua primeira inativação.

7. Sucede que o valor da pensão por morte deve corresponder "ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento", conforme dicção do § 7º do art. 40 da Magna Lei, incluído pela EC 20/1998. Como o falecido servidor não poderia acumular proventos, e como o valor da pensão por morte está jungido aos proventos a que o instituidor faria jus na data de seu falecimento, a conclusão a que se chega é que os dependentes do *de cujus* não poderiam acumular as pensões ora discutidas.

8. O voto do eminente relator ainda se louvou no art. 11 da EC 20/1998, que excluiu da proibição de acumulabilidade os que reingressaram no serviço público até a publicação dela própria, Emenda 20, mas vedou "a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal". Isto significa, no caso, que era lícita ao instituidor da pensão, quando em vida, a acumulação dos proventos com a remuneração do novo cargo ocupado, mas não assim a acumulação daqueles proventos com outros, caso houvesse passado para a inatividade mais uma vez. Entendimento, esse, que foi objeto de julgamento por esta nossa Casa de Justiça, conforme os RE 489.776-AgR e 527.714-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau, além do RE 463.028, da relatoria da ministra Ellen Gracie, já citado. Logo, no caso dos autos, se não era possível a acumulação de proventos, também não é lícita a duplicidade de pensões.

9. Por fim, anoto que o ministro Eros Grau considerou que o recebimento de duas pensões com fundamento no art. 11 da EC 20/1998 somente seria cabível se essas pensões fossem de naturezas distintas: uma, estatutária, e, outra, pelo Regime Geral da Previdência Social. Contudo, bem observou Sua Excelência, essa não é a controvérsia sob exame.

10. Após refletir sobre esses fundamentos, convenci-me do acerto do voto do eminente relator, sem acrescer ou substituir o que quer que seja em termos de fundamentação. Pelo que o acompanho para também conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio: Se o falecido pudesse, constitucionalmente, à época, acumular, então haveria o direito à pensão.

O sr. ministro Ayres Britto: O parâmetro é esse. Se na atividade ele pudesse acumular, os seus dependentes poderiam também acumular.

O sr. ministro Marco Aurélio: A cláusula do art. 11 da EC 20/1998 é realmente vedadora:

> (…) sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de Previdência.

Ressalvou as situações, mas proibiu a nova aposentadoria. Ora, se o servidor não poderia se aposentar, ainda que perfizesse o tempo necessário, logicamente, não poderia deixar pensão.

O sr. ministro Ayres Britto: E os seus dependentes, os beneficiários de sua pensão, também não poderiam incidir no regime de acumulabilidade.

O ministro Ricardo Lewandowski, como invariavelmente faz, me pareceu perfeito no equacionamento da controvérsia.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a Emenda 20/1998 veio a legitimar certas situações que não eram agasalhadas pela Carta de 1988, ou seja, a situação daqueles que, aposentados, reingressaram no serviço público. Mas, ao fazê-lo, o constituinte de emenda vedou peremptoriamente a percepção de duplos proventos.

Indago: se o próprio servidor não podia acumular proventos, teria o que passar à viúva ou dependente, em termos de pensão?

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. O raciocínio de Vossa Excelência é perfeito.

O sr. ministro Marco Aurélio: Se entendermos que sim, o sistema ficará capenga, e surgirá uma incongruência. Logicamente, a vedação da parte final do art. 11 da emenda alcança as pensionistas.

O sr. ministro Ayres Britto: Quem tem flores dá flores; quem não tem não pode dar flores. Ele não teria direito a duplos proventos, como pode repassar a dupla pensão?

O sr. ministro Marco Aurélio: Também poderia proporcionar espinhos, mas...

EXTRATO DA ATA

RE 584.388/SC — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrentes: Brígida Elizabete Munhoz de Paula e outros (Advogados: Antônio Carlos Facioli Chedid e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa.

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, 31 de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586.789 — PR

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS — Recorrido: Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Maringá — Interessada: Therezinha de Jesus Souza Rodrigues

Constitucional. Processual civil. Competência para o exame de mandado de segurança utilizado como substitutivo recursal contra decisão de juiz federal no exercício de jurisdição do juizado especial federal. Turma recursal. Recurso extraordinário desprovido.

I – As turmas recursais são órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos juizados especiais, de forma que os juízes dos juizados especiais estão a elas vinculados no que concerne ao reexame de seus julgados.

II – Competente a turma recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso.

III – Primazia da simplificação do processo judicial e do princípio da razoável duração do processo.

IV – Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negar provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso.

Brasília, 16 de novembro de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pela Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu competir à Turma Recursal do Juizado Especial Federal examinar o cabimento de mandado de segurança, utilizado como substitutivo de recurso, impetrado contra decisão de juiz federal do Juizado Especial Federal.

Neste recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se ofensa aos arts. 98, I; 108, I, *c*; e 125, § 1º, da mesma Carta.

Sustentou-se, em síntese, que

> 1. o mandado de segurança é uma garantia constitucional (CF 5º LXIX), logo, sempre haverá um órgão do Poder Judiciário competente para julgá-lo;
> 2. as Turmas Recursais, por determinação constitucional, só podem julgar recursos, jamais ações, tal qual o mandado de segurança (CF 98 I);
> 3. o juiz natural do mandado de segurança contra ato de Juiz Federal é o TRF (CF 108, I, *c*);
> 4. a jurisprudência do STJ, firmada em relação aos Juizados Especiais da Justiça Estadual, não se aplica ao caso (CF 125 § 1º *versus* 108);
> 5. a Turma Recursal não possui competência para julgar mandados de segurança (Lei n. 10.259/01, art. 3º § 1º, I);
> 6. Juiz Federal não pode ser réu (impetrado) no JEF (Lei n. 10.259/01, art. 6º, II). [Fl. 99v.]

Assim, pugna pela procedência do recurso, de modo que seja estabelecida a competência do Tribunal Regional Federal para processar e julgar mandado de segurança contra ato de juiz federal do Juizado Especial Federal (fl. 102).

O recorrido não apresentou contrarrazões.

À fl. 104, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitiu o recurso.

Em 23-4-2009, o Supremo Tribunal Federal considerou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada pelo recorrente.

Transcrevo a ementa do respectivo acórdão:

> *Constitucional. Processual civil. Art. 108, I, c, da Constituição Federal. Competência para exame de mandado de segurança, quando utilizado como substitutivo recursal, contra ato de juiz federal dos juizados especiais federais. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.* [Fl. 115.]

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 124-127).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Tendo em vista o conhecimento do recurso pelo Plenário, passo ao exame do mérito, a fim de se definir o órgão competente para o processamento e julgamento do mandado de segurança utilizado como substitutivo de recurso no âmbito dos juizados especiais, ainda que somente para inadmiti-lo.

Pois bem. Verificado o caráter recursal do mandado de segurança, devem ser aplicadas as regras de competência atinentes à apreciação dos recursos, o que, de plano, afasta a incidência do art. 108, I, *c*, da Constituição Federal, que trata da competência dos tribunais regionais federais para processarem e julgarem, originariamente, os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

Nesse contexto, entre as competências definidas pela Lei Maior para o reexame das decisões, estão as das turmas recursais dos juizados especiais e a dos tribunais regionais federais, consoante se depreende dos seguintes dispositivos:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
> I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.
> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:
> II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Imprescindível, portanto, a análise do liame entre as turmas recursais dos juizados especiais federais e os tribunais regionais federais.

Como ressaltado no RE 590.409/RJ, de minha relatoria, a Constituição não arrolou as turmas recursais entre os órgãos do Poder Judiciário, os quais são por ela discriminados, em *numerus clausus*, no art. 92:

> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
> I – o Supremo Tribunal Federal;
> I-A – o Conselho Nacional de Justiça;
> II – o Superior Tribunal de Justiça;
> III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
> IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
> V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
> VI – Os Tribunais e Juízes Militares;
> VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Vê-se, destarte, que a Carta Magna não conferiu às turmas recursais, integradas por juízes de primeiro grau, a natureza de órgãos autárquicos do Poder Judiciário, tampouco a qualidade de tribunais, como também não lhes outorgou qualquer autonomia com relação aos tribunais regionais federais.

Com efeito, o art. 21 da Lei 10.259/2001 remete aos tribunais regionais federais não só a faculdade de instituir as turmas recursais, como também a de estabelecer a sua competência. Logo, os juízes de primeiro grau e as turmas recursais dos juizados especiais são instituídos pelos respectivos tribunais regionais federais, estando subordinados a eles administrativamente, mas não jurisdicionalmente.

Isso porque, ainda que não seja possível qualificar as turmas recursais como tribunais, caracterizam-se elas como órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos juizados especiais. Nesse passo, entendo que os juízes dos juizados especiais estão a elas vinculados no que concerne ao reexame de seus julgados.

Nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal entende que as turmas recursais não estão sujeitas à jurisdição dos tribunais de justiça dos Estados, tampouco, por via de consequência, aos tribunais regionais federais. Por oportuno,

destaco a orientação firmada no CC 7.081/MG, rel. min. Sydney Sanches, cuja ementa segue transcrita:

> *Direito constitucional, penal e processual penal. Conflito negativo de competência, entre a Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte e o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.*
>
> *Competência do Superior Tribunal de Justiça para dirimi-lo (art. 105, I, d, da CF). E não do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, o).*
>
> 1. As decisões de turma recursal de juizado especial, composta por juízes de 1º grau, não estão sujeitas à jurisdição de tribunais estaduais (de alçada ou de justiça).
>
> 2. Também as dos tribunais de alçada não se submetem à dos tribunais de justiça.
>
> 3. Sendo assim, havendo conflito de competência, entre turma recursal de juizado especial e tribunal de alçada, deve ele ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, *d*, da CF, segundo o qual a incumbência lhe cabe, quando envolva "tribunal e juízes a ele não vinculados".
>
> 4. Conflito não conhecido, com remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgá-lo, como lhe parecer de direito.
>
> 5. Plenário. Decisão unânime. [Grifei.]

Ainda, quanto a essa ausência de vinculação recursal entre juizado especial e tribunal de justiça, Nelson Nery[1] Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery assim entendem:

> (...) O TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão do juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105, I, *d*: o juiz de direito é "vinculado" ao TJ, mas o juiz do juizado especial não o é. Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz é "não vinculado" ao TJ para efeitos jurisdicionais. Assim, o caso concreto trata de conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito é "vinculado" ao TJ; o juiz do juizado especial é "vinculado" à Turma Recursal) (...).

Desse modo, competente a turma recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso, sob pena, inclusive, de transformar o Tribunal Regional Federal em instância ordinária para a reapreciação de decisões interlocutórias proferidas pelos juizados especiais, como bem observado no acórdão recorrido, à fl. 82.

Nesse sentido, destaco ainda os seguintes precedentes, entre outros: RE 577.443-AgR/PR, rel. min. Cármen Lúcia; MS 24.858-AgR/SP, rel. min. Cezar Peluso; MS 25.087-ED/SP, rel. min. Ayres Britto.

Ressalte-se, a propósito, que essa também é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 376, cujo texto segue transcrito:

> Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.

---

[1] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 394.

Não fosse apenas por isso, recordo que os juizados especiais foram concebidos pelos constituintes de 1988 com o escopo de simplificar a prestação jurisdicional, e não de multiplicar ou, de alguma forma, dividir competências. Nesse sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco[2] , para o qual eles

> foram instituídos com o objetivo explícito de criar meios para diminuir a litigiosidade contida, concorrendo para a redução dos conflitos que não chegam ao Poder Judiciário e que por isso constituem fatores de crescente insatisfação pessoal das pessoas e possível deterioração de suas relações. A ideia de implantá-los partiu da observação de que o público de baixa renda não vem aos órgãos ordinários da jurisdição como as pessoas mais dotadas, seja em razão de suas próprias deficiências econômicas, seja por um temor reverencial inerente à sua condição humilde. Foi intuito do legislador, na linha de uma das ondas renovatórias do processo civil moderno, oferecer uma justiça bem mais informal pela simplicidade dos atos do novo processo, eminentemente participativa pela presença de conciliadores e diálogo com os litigantes, muito mais célere e, portanto, acessível a um número maior de cidadãos.

Tais juizados, concebidos também no âmbito do direito comparado, resultaram de idêntico desiderato, registrando Mauro Cappelleti[3] que

> sem os juizados de pequenas causas os direitos das pessoas comuns serão apenas simbólicos. O desafio é criar fóruns que sejam econômica, física e psicologicamente atrativos para os indivíduos, de tal modo que os jurisdicionados possam se sentir confortáveis e confiantes em utilizá-los, independentemente da situação financeira e social da parte contrária. [Tradução livre.]

Ora, se o objetivo que presidiu a instituição dos juizados especiais foi o de simplificar o processo judicial, aproximando o jurisdicionado do órgão responsável pela adjudicação da lide da qual é parte, não faz qualquer sentido, a meu ver, transferir ao tribunal regional federal a atribuição de rever os atos dos juízes federais no exercício da jurisdição do Juizado Especial, uma vez que as turmas recursais foram instituídas exatamente para tal fim, como órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos juizados especiais.

Por fim, e apenas para reforço argumentativo, a prevalecer a tese defendida pela autarquia federal recorrente, estaríamos nos distanciando do princípio da duração razoável do processo, explicitado pela EC 45/2004 ao incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta da República.

Em face do exposto, pelo meu voto, nego provimento a este recurso extraordinário.

---

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 769-770.

[3] CAPPELLETI, Mauro. *The Florence Access-to Justice Project, Book I, Vol. 1, General Reports.* Oxford: Clarendon Press. 1978. p. 72.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Senhor presidente, eu já havia elaborado voto quando, aprofundando as minhas pesquisas, verifiquei que havia uma decisão anterior, do ministro Eros Grau, sufragada por este Plenário, em que se discutia, a meu ver, uma questão assemelhada e que levaria, num certo sentido, ao não conhecimento deste recurso extraordinário.

Até com uma certa antecedência, pedi para tirar cópia para os ministros, mas este julgamento se antecipou – eu não imaginava que seria julgado tão rapidamente. A minha intenção era ter distribuído antes tanto um voto, primeiro, pelo não conhecimento quanto, depois, um voto de mérito, se superado o não conhecimento.

Fiz distribuir a Vossas Excelências dois votos: o primeiro – está na parte final, grampeado –, no sentido do não conhecimento, mas que, a meu ver, é possível de ser superado para que enfrentemos a matéria, porque as questões são um tanto quanto distintas. Talvez nós possamos, superando o não conhecimento, de uma forma ou de outra, resolver essa questão, que está apontada para a repercussão geral.

Então, se Vossas Excelências fizerem essa gentileza, poderiam iniciar pela última parte do voto que distribuí, que, em princípio, é pelo não conhecimento, mas para o qual sugiro a superação.

DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Permita-me Vossa Excelência. São duas questões diferentes. O que está submetido à nossa decisão agora não é a questão da admissibilidade ou não de mandado de segurança; é saber quem é competente para dizer se é admissível ou não o mandado de segurança . É outra questão. Acho que devemos conhecer.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Perfeitamente, até faço menção a isso em meu voto.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, sobre essa questão preliminar, ela própria tem repercussão geral porque, como a Lei dos Juizados Especiais não prevê o agravo, pois imaginou que tudo fosse julgado imediatamente, tem sido utilizado, de maneira até vulgar, o mandado de segurança nos juizados especiais. Então, é preciso estabelecer essa competência, porque a controvérsia também surgiu no Superior Tribunal de Justiça.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É, porque o precedente invocado, da relatoria do ministro Eros Grau, discutia a questão da admissibilidade ou não do mandado de segurança. Aqui, estamos discutindo quem é competente para examinar se o mandado de segurança é ou não é cognoscível.

O sr. ministro Marco Aurélio: Até aqui não houve decisão quanto à adequação ou não do mandado de segurança.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Quem for competente pode vir a conhecer ou não.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, anoto, exatamente na linha do voto do ministro Ricardo Lewandowski, que todos os atos e eventuais impugnações dos juizados especiais se eclipsam no próprio sistema dos juizados e que apenas os mandados de segurança substitutivos de recursos dos juízes federais são julgados pelo Tribunal Regional Federal. Os mandados de segurança substitutivos de recursos dos juizados especiais, que surgiram de maneira imoderada em razão da ausência de previsão de agravo de instrumento, devem ser apreciados pelo Tribunal Regional Federal.

Também acompanho o raciocínio de Sua Excelência no sentido de que a previsão dos juizados especiais é posterior à Constituição de 1988, quando então foi estabelecida a competência da Justiça Federal – e essa previdência genérica da Justiça Federal não levou em consideração os juizados especiais.

A nossa jurisprudência é farta não só em relação ao mandado de segurança ser competência das turmas recursais, mas também aos *habeas corpus*, o que, *mutatis mutandis*, implica no mesmo raciocínio.

E, à luz de uma interpretação teleológica, devemos considerar também a Lei Orgânica da Magistratura, que estabelece:

> Art. 21. Compete aos Tribunais, privativamente:
> (...)
> VI – julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos (...).

Então, *mutatis mutandis*, compete às turmas recursais o julgamento dos atos dos juizados especiais, na fórmula da Súmula 624.

Por esses fundamentos, acompanho integralmente o voto do ministro Ricardo Lewandowski.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, na MS 24.691-QO, de Minas Gerais, em que ficou relator para o acórdão o ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal fixou que não compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de mandado de segurança contra turma recursal, e a partir daí esse entendimento foi sendo aplicado, seja em decisões monocráticas, seja em decisões das Turmas deste Supremo Tribunal Federal.

Ora, se o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não competir a um outro órgão de jurisdição a análise dos mandados de segurança impetrados contra as turmas recursais – e, por analogia ao art. 21 da Lei Orgânica da Magistratura, na ausência de norma, fixou-se a aplicação desse dispositivo para que o mandado de segurança seja impetrado perante a própria turma recursal –, seria fugir da lógica do sistema que esta Suprema Corte indicou ao julgar aquela questão de ordem já citada, admitir que um mandado de segurança tirado contra um ato de um juiz titular de um juizado especial saísse do

sistema do juizado especial e fosse para o Tribunal Regional Federal, enquanto um mandado de segurança tirado contra decisão de turma recursal – talvez com a mesma fundamentação de outra decisão em grau de recurso – continuasse dentro do sistema do juizado especial; ou seja, seria, por decisão dessa Corte, julgado pela turma recursal. O sistema não fecharia, porque teríamos um braço da discussão jurídica indo para o Tribunal Regional Federal enquanto outro ficaria ainda preso às turmas recursais dos juizados especiais.

Penso, senhor presidente, que, realmente, aqui não há uma disposição expressa a fundamentar a competência. Se fôssemos para a literalidade, a disposição expressa seria aquela apontada – e, como sempre, muito bem sustentada da tribuna – pela Advocacia Pública, a do art. 108, *c*, da Constituição Federal: os mandados de segurança seriam, contra ato de juiz, julgados pelo Tribunal Regional Federal. Mas, aqui, estamos diante do sistema dos juizados especiais, e há de ficar dentro desse sistema o julgamento dos incidentes que, porventura, nele se originem, mesmo que seja uma ação de mandado de segurança.

Por isso, senhor presidente, acompanho a conclusão do eminente relator.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu também acompanho o relator, até porque – como Vossa Excelência citou – há decisões nossas exatamente nesse sentido, para manter coerência com o sistema que foi estabelecido relativamente aos juizados.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, também eu acompanho o relator. Cito precedente do MS 26.006-AgR, rel. min. Celso de Mello.

Acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, eu também acho que o eminente relator justificou muito bem o afastamento do art. 98, I, da Constituição, para aplicar o regramento do art. 109. Em suma, o eminente relator partiu de um pressuposto que me parece tecnicamente acertado: o presente mandado de segurança foi utilizado como substitutivo de recurso no âmbito dos juizados especiais. E, nessa medida, o que cabe mesmo é a aplicação do art. 98, I, que admite, nas hipóteses previstas em lei, "a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

A referência constitucional a turmas recursais se inscreve no âmbito, justamente, da celeridade, ou simplicidade, que a Constituição emprestou ao funcionamento dos juizados especiais, tanto que ela fala de procedimento oral

e sumaríssimo, além de qualificar as respectivas causas, no âmbito cível, como de menor complexidade, e, no âmbito penal, como de menor potencial ofensivo.

Eu, ultimamente, senhor presidente, venho interpretando que a regra da razoável duração do processo, inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, não significa exatamente uma obrigação para o Poder Judiciário pisar no acelerador. Eu acho que o papel do Judiciário é tirar o pé do freio, o que é diferente. O que se exige do Judiciário é não incidir em morosidade, em lerdeza, mas não exatamente em primar pela freneticidade, pelos julgamentos acelerados, a toque de caixa e repique de sino. Acho que isso é incompatível com a natureza da judicatura, reflexiva por excelência, mas aqui, no âmbito dos juizados especiais, a celeridade é da vontade objetiva da Constituição.

Cândido Rangel Dinamarco bem retratou a natureza dos juizados especiais. É como se Camões redivivo dissesse: cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta.

O voto do eminente relator me parece irretocável, e eu acompanho Sua Excelência, embora louvando o ótimo desempenho da eminente procuradora, que, pela Advocacia-Geral da União, ocupou a tribuna.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, eu também vou acompanhar o voto do relator. Em outras ocasiões já havia me manifestado nesse sentido.

O problema aqui se coloca em razão especialmente da emenda constitucional que instituiu os juizados especiais federais e deu ao legislador a possibilidade, então, de criar esse órgão recursal nos termos previstos.

Tal como destacou o eminente relator, não parece adequado cogitar-se de misturar as estruturas, do ponto de vista recursal, do Tribunal Regional Federal com a estrutura do juizado especial, uma vez que eles não estão em uma relação hierárquica recursal.

Também não vem – nós, a toda hora, dizemos e desmentimos essa assertiva – falar-se aqui na inexistência de competências implícitas no âmbito do sistema judicial. Nós sabemos que o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua vasta jurisprudência, por décadas a fio, tem reconhecido a competência implícita quando ela integra o próprio sistema, mas, no caso, ela não é de se cogitar. Não é a literalidade ou a ausência de literalidade que vai fazer com que se reconheça, ou não se reconheça, o mandado de segurança como de competência do Tribunal Regional Federal ou dos órgãos recursais dos próprios juizados, mas é o sistema como um todo, como foi concebido, e a sua lógica.

Ressalto também que aqui não se trata de ver o mandado de segurança sequer como instrumento de recurso. Bastaria que se falasse na própria ação do mandado de segurança – ação cível que é – para que nós não desbordássemos quanto à conclusão do voto do eminente relator.

Gostaria de saudar a iniciativa do relator de ter avançado quanto ao não conhecimento e de ter julgado o mérito quanto ao desprovimento, porque é uma questão extremamente importante. Nós hoje sabemos que os juizados especiais federais têm uma carga de trabalho que já supera a Justiça Federal comum: são 2,5 milhões de processos que tramitam nos juizados especiais federais. Eu cheguei, em um momento, a dizer que é o fracasso do sucesso: em razão da demanda recôndita que se descobriu, houve um excesso de demandas nos juizados especiais federais.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, um aparente paradoxo: o fracasso do sucesso. Vernacularmente soa como um paradoxo, mas tecnicamente não é um paradoxo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É porque se esperava que haveria algo em torno de duzentos mil processos tramitando nos juizados especiais federais. Em razão dessa *vis attractiva*, a possibilidade de julgar dentro desse sistema oral, com rapidez, sem a necessidade de precatórios e tudo o mais, houve uma avalanche; daí a necessidade, inclusive de sua reestruturação. Se nós fôssemos seguir as pegadas defendidas pelo INSS, certamente ainda transformaríamos esse rito em mais lento, em mais ordinário. Daí a necessidade de que ele seja expedito, até porque é uma experiência muito bem sucedida: aquilo que já vinha sendo bem sucedido no âmbito dos juizados especiais comuns da Justiça agora também dá resposta muito clara no âmbito da Justiça Federal. Por aqui tramitam todos esses pleitos, como nós vimos pela iniciativa do INSS, relativos à pensão, a aposentadorias, à complementação de pensão, a Loas. Na verdade, uma boa face desse chamado – se é possível dizer-se – "estado social brasileiro" passa, no que diz respeito à questão judicial, pelos juizados especiais federais. Aí a necessidade realmente de manter-se essa sua estrutura tanto quanto possível célere, tanto quanto possível pronta a responder. E me parece que a resposta adequada é dentro dos moldes institucionais, desenhados com os recursos de que se tem notícia.

Aqui ou acolá temos feito concessão, e o próprio legislador a fez quando concebeu o modelo da Lei 10.259, criando o órgão de uniformização no STJ como um instrumento de coordenação.

Não faz muito – acredito que em um processo da relatoria da ministra Ellen Gracie –, nós percebemos a possibilidade de divergência entre decisões do STJ e dos juizados especiais comuns. Sugerimos, então, que, nesse caso, seria cabível a reclamação, reconhecendo também aqui uma competência implícita.

Com essas considerações, e louvando o cuidadoso voto do eminente relator, eu também desprovejo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a matéria colocada em discussão e em votação é única: diz respeito à competência para o julgamento do mandado de segurança quando direcionado contra ato de juizado especial. No processo, não se discute a adequação, ou não, do mandado de segurança.

O trato, presidente, sob o ângulo da competência das impetrações, considerada a Constituição Federal, é diverso. Quanto ao *habeas corpus*, a competência para julgar é do Tribunal de Justiça, por uma razão única: o autor do ato atacado, sob o ângulo do processo-crime, está submetido ao Tribunal de Justiça. Define-se a competência do *habeas corpus*, tendo em conta os envolvidos. Geralmente o paciente não goza de prerrogativa de foro. Então, a autoridade apontada como coatora é o juiz que atua no juizado especial, e, como ele está submetido, nos crimes comuns, à jurisdição do Tribunal de Justiça, a competência deste foi o que nos levou a rever o Enunciado 690 da Súmula.

O que se verifica quanto ao mandado de segurança contra ato de juizado especial? É possível entender que, no caso, a competência é do Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal, e não da turma recursal? A meu ver, não. Caso contrário, o sistema ficará defeituoso, já que, se houver um pronunciamento do Tribunal de Justiça – tendo em conta matéria que poderia até mesmo estar versada em recurso, mas está versada em um mandado de segurança –, ter-se-á o acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Todos sabemos que a Constituição Federal exclui esse acesso, mediante o recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça. O recurso especial é cabível contra decisão de única ou última instância formalizada por tribunal, e, no caso dos juizados especiais, as turmas recursais não integram o tribunal.

Há mais, presidente: em questão de ordem relativa a processo diverso, como ressaltado pelo ministro Dias Toffoli, o Tribunal assentou que competiria à própria turma processar e julgar mandado de segurança contra os respectivos atos. Indago: há essa competência, decorrente da Carta da República, e não teria ela competência para julgar os mandados de segurança contra os atos dos juizados especiais?

O ministro Luiz Fux apontou a incoerência, em artigo publicado na ADCOAS, sob a nomenclatura: "Juizados Especiais. Turmas Recursais. Competência para Julgamento das Ações de Impugnação das Decisões Proferidas pelos Juízes Singulares."

Não se pode, presidente, interpretar isoladamente o que se contém no art. 108, I, *c*, da Constituição Federal quanto à competência dos regionais federais para julgarem mandado de segurança impetrado contra atos dos juízes federais. Há de se distinguir a atuação, o campo em que ocorra essa atuação, sob pena de ter-se, na própria Carta da República, conflito, consideradas disposições diversas.

O voto do relator é irreprochável, no que assenta que a competência é realmente da turma recursal, como o é a competência para julgar os mandados de segurança formalizados contra os respectivos atos. Se entendêssemos de forma diversa, ela poderia "o mais", e não "o menos", que seria a apreciação do mandado de segurança contra o ato de juizado especial. O juizado especial é que não pode julgar o mandado de segurança dirigido contra o próprio pronunciamento. Sabemos que a primeira instância não julga mandado de segurança contra ato judicial. Por isso, acompanho o relator, desprovendo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Também acompanho o eminente relator, e o meu entendimento é simples.

A interpretação do art. 98, I, da Constituição, quando alude ao controle recursal por via de turmas, é a de que a Constituição tendeu a criar um sistema de controle interno no âmbito do próprio juizado, em relação às decisões de juízo de primeiro grau no exercício da jurisdição de juizados especiais. Ora, o fato de se tratar de mandado de segurança, noutras palavras, de ser outro que não o recurso propriamente dito o remédio de impugnação da decisão, não retira das turmas recursais a competência para revisão das decisões.

Desse modo, também acompanho o eminente relator.

EXTRATO DA ATA

RE 586.789/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (Procurador: Procurador-geral federal). Recorrido: Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Maringá. Interessada: Therezinha de Jesus Souza Rodrigues.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Falou pela recorrente a dra. Luysien Coelho Marques Silveira, procuradora federal.

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

Brasília, 16 de novembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 599.628 — DF

Relator: O sr. ministro Ayres Britto

Relator para o acórdão: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte — Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S.A.

Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório.

Art. 100 da Constituição.

Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição).

Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os ministros Ayres Britto (relator), Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Brasília, 25 de maio de 2011 — Joaquim Barbosa, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ayres Britto: Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, interposto com suporte na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão assim ementado:

> Agravo de instrumento. Processo civil. Princípio da celeridade. Art. 5º, LXXVIII, CF/1988. Sociedade de economia mista. Regime de execução comum das empresas privadas. Inaplicabilidade do regime de precatórios.
>
> 1. Não se aplica o regime de execução dos precatórios às sociedades de economia mista, visto que possuem personalidade jurídica de direito privado.

2. Não se confunde regime de execução (regime comum das empresas privadas ou regime de precatórios afeto à Fazenda Pública), com a impossibilidade de penhora de bens que comprometam o fornecimento do bem público.

2. Pois bem, sustenta a recorrente, inicialmente, que o acórdão recorrido violou o art. 100 da Constituição Federal. Isso por haver mantido contra ela, recorrente, execução com base em título judicial, louvando-se tão só no art. 475-J do Código de Processo Civil (CPC). Dispositivo prejudicial às sociedades de economia mista que prestam serviços públicos de natureza essencial e, nessa medida, sujeitas ao procedimento judicial executivo que se lê no art. 100 da Carta Magna de 1988 e no art. 730 do CPC; quer dizer, sujeitas à execução judicial dos seus débitos pelo regime de precatório. Daí a parte recorrente citar como precedentes os RE 220.906, 229.444, 230.051 e 230.072.

3. Prossegue a empresa estatal recorrente para dizer que ela foi instituída pelo Decreto 72.548, de 30 de julho de 1973, "com o objeto único de exercer a atividade pública relacionada à coordenação dos programas de energia elétrica na Amazônia Legal, exercendo serviço público essencial", que somente pode ser prestado pela União ou por concessionárias, conforme dispõe a alínea *b* do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

4. Por último, a empresa acionada, ora recorrente, afirma que todos os seus bens pertencem à União (titular dos serviços que presta), pessoa federada central para cujo patrimônio reverterão todos eles, ao final dos contratos de concessão para geração de energia. Por isso que é de se lhe reconhecer equiparação, "para todos os fins, às entidades pertencentes à chamada Fazenda Pública".

5. A seu turno, a recorrida argumenta ser a empresa estatal "sociedade de economia mista, que exerce atividade econômica não monopolizada e tem regime jurídico equiparado ao das empresas privadas". Donde a sua regência pelo procedimento executivo comum, nos termos do RE 219.000, deixando de se aplicar ao caso o precedente do RE 220.906, pois, neste, a causa envolvia a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), empresa governamental e que, diferentemente da recorrente, presta serviço público essencial em regime de exclusividade. Empresa, esta última, em cujo favor foram instituídas prerrogativas que são próprias da Fazenda Pública, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei 505/1969, cuja recepção pela Magna Lei de 1988 o Supremo Tribunal Federal veio a reconhecer. Conclui a parte recorrida que a execução judicial deve continuar pelo rito comum, em obediência ao princípio da livre concorrência, que "não suporta a atribuição de benefícios diferenciados à empresa estatal, que seria causa de evidente desequilíbrio entre os *players* de um mesmo mercado".

6. À derradeira, sustenta a recorrida que o "sistema de precatórios exige, evidentemente, que o ente devedor seja dotado de orçamento legal de despesas, o que *não* ocorre, parece óbvio, com as sociedades de economia mista".

7. Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, por ser a recorrente uma sociedade de economia mista que desempenha atividade concorrencial, não monopolizada, de maneira que a

instituição do regime de precatório ofenderia o disposto no art. 100 da Lei Maior e configuraria privilégio sonegado às demais empresas do setor privado da economia.

8. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional foi habilitada nos autos como *amicus curiae* e também se manifestou pela não submissão das dívidas da recorrente ao sistema de precatórios. Posteriormente, desistiu de sua qualidade de amiga da Corte, pedido, este, que foi por mim homologado.

É o relatório.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, peço vênia para registrar um fato que, do ponto de vista humano, me parece peculiar, curioso: o ministro Aldir Passarinho, advogado da parte recorrida, foi substituído nesta Casa pelo ministro Ilmar Galvão, advogado da parte recorrente. E eu, juiz relator, fui o substituto do ministro Ilmar Galvão, aqui, nesta mesma cadeira. De sorte que nós três juntos somamos, em idade, 231 anos, muito mais do que a independência do Brasil, que é de 188 anos. Espero que todo esse tempo somado contribua para jorrar um pouco de luz na compreensão desta causa que desafia uma decisão justa.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Inicio este voto com a lembrança de que, na AC 1.947, deferi liminar para conferir efeito suspensivo a este recurso extraordinário e sustar a execução contra a recorrente, por entender que a matéria fora "exaustivamente examinada no julgamento do RE 220.906, concluído em 16-11-2000". Recurso aqui mencionado pela requerente e interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (empresa pública) em cujo benefício ficou pacificada a tese do cabimento da expedição de precatório para a execução dos seus débitos (dela, EBCT) judiciais. De se conferir os seguintes precedentes: RE 225.011, da relatoria do ministro Maurício Corrêa; RE 230.072 e 230.051, relator para o acórdão o mesmo ministro Maurício Corrêa; AI 313.854-AgR e RE 230.161, da relatoria do ministro Néri da Silveira; RE 395.385, da relatoria do ministro Marco Aurélio (decisão monocrática com ressalva de entendimento); RE 220.907, 228.290, 228.484, 234.390, 251.249, da relatoria do ministro Carlos Velloso; AI 243.250-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; RE 220.699, 229.961 e 336.685, da relatoria do ministro Moreira Alves; AI 410.330, da relatoria do ministro Nelson Jobim; RE 344.975-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; AI 784.957, da relatoria do ministro Ricardo Levandowski, RE 393.032-AgR, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e RE 598.651, da relatoria do ministro Eros Grau.

10. Prossegui naquela decisão liminar para anotar que, naquele julgamento, o relator (ministro Maurício Corrêa) já manifestara o entendimento de que "**não se aplica às empresas públicas, às sociedades de economia mista e**

a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

11. Também consignei o referendo, pelo Plenário, da liminar que deferi na AC 669, ajuizada pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô), sociedade de economia mista. Liminar que tornou sem efeito bloqueio de vultosa quantia em contas bancárias daquela Companhia, dando-se que o seu principal fundamento foi o princípio da continuidade do serviço essencial de transporte coletivo (inciso V do art. 30 da CF), contra o qual, "a princípio, não pode prevalecer o interesse creditício de terceiros".

12. De igual modo, naquela decisão liminar que proferi na AC 1.947, referi-me à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, para perfilhar a intelecção de que "se a entidade presta serviço público, os bens que estejam **vinculados à prestação do serviço** não podem ser objeto de penhora, ainda que a entidade tenha personalidade jurídica de direito privado" (SYLVIA, Maria. *Direito administrativo.* 18. ed., p. 409/410 – Sem destaques no original).

13. Ainda no citado julgamento, afirmei que "essa ou aquela empresa do setor privado que vier a celebrar contrato oneroso com empresa estatal prestadora de serviço público já deve saber que está a se vincular a quem não pode deixar de suprir necessidades materiais de toda uma população. No caso, necessidades materiais que a própria Constituição rotulou como de 'caráter essencial'".

14. Anoto agora que o julgamento do referido RE 220.906 consignou o recebimento do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 pela Constituição Federal. Dispositivo que expressamente conferiu à EBCT prerrogativas da Fazenda Pública, entre as quais a "impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços". Sem falar que outros julgados do Supremo Tribunal Federal têm reconhecido a exigência de precatório para execução de débitos judiciais de empresas públicas e sociedades de economia mista que não gozam expressamente dessa prerrogativa. Nessa vertente é que foram proferidas decisões na AC 2.318-MC-REF e no RE 592.004, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; RE 485.000-AgR, da relatoria da ministra Ellen Gracie; RE 472.490 e AC 2.524, da relatoria do ministro Dias Toffoli, RE 419.875 e 454.397, da relatoria do ministro Eros Grau.

15. Muito bem. Pergunto: em que se traduz o precatório, como instituto de direito constitucional? Qual a sua natureza jurídica e base de sua inspiração como categoria de direito positivo? Essa base de inspiração faz-se presente na figura do Estado enquanto prestador dos chamados serviços públicos?

16. Eis as respostas que me parecem hermeneuticamente corretas, à luz do *caput* e dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 100 da CF:

I – precatórios, em linhas gerais, são ofícios de requisição de verba orçamentária para pagamento de débitos estatais formalmente reconhecidos e impostos em decisão judicial com trânsito em julgado. Ofícios expedidos: a) pelo presidente do tribunal judiciário "que proferir a decisão exequenda",

apresentados "até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente"; b) ofícios requisitórios, ainda, que veicularão valores já sentencialmente liquidados ou definitivamente apurados em sua expressão financeira; c) ofícios requisitórios, enfim, que, já convertidos em verbas orçamentárias, serão pagos exclusivamente na sua ordem de apresentação e à conta dos seus créditos respectivos";

II – assim positivado como ofício ou mandado requisitório, o instituto em causa tem a natureza jurídica de prerrogativa processual do Estado, pois, do ângulo dele, Estado, o precatório se traduz no direito de não ser financeiramente executado senão por um procedimento bem mais vantajoso. Um procedimento ou regime de execução especial da dívida por ficar a salvo, em regra, das constritivas e até vexatórias medidas da penhora, do arresto, do sequestro e assim avante. Prerrogativa que ainda opera pela possibilidade de solver os respectivos débitos até o final do exercício financeiro subsequente àquele da precitada inclusão orçamentária (o que implica alargamento temporal de pelo menos dezoito meses).

III – tal regime especial de execução de dívidas já definitivamente constituídas em sede judiciária tem a sua razão de ser. Ele responde à necessidade maior, para não dizer absoluta, de impedir o risco de uma súbita paralisia nas atividades de senhorio estatal. Que são atividades de que dependem a qualidade de vida e até mesmo a sobrevivência física de toda uma população geograficamente situada e juridicamente personalizada. Atividades públicas, então, porque respeitantes aos mais encarecidos interesses do conjunto da sociedade. Por isso que marcadas pelo signo da irrestrita continuidade, devido a que seu abrupto estancamento não pode ser de pronto suprido pelos seus próprios destinatários. É dizer, faltando o Estado na prestação das atividades que lhes são inerentes, tudo o mais vai faltar à população. Notadamente àquela parcela populacional mais sacrificada em renda e patrimônio, que tem na ininterrupta e qualificada atuação estatal a sua própria *tábua de salvação*. O seu único e verdadeiro arrimo, em especial no campo das atividades de que falam os arts. 6º, 144 e 225 da CF, a compreender os setores de saúde e segurança públicas, educação, trabalho, assistência social, lazer, previdência social, assistência à maternidade e à infância, moradia, meio ambiente e recebimento contínuo de serviços públicos essenciais, como transporte coletivo, energia elétrica, água potável e tratamento de esgotos sanitários. Avultando a compreensão de que sem o regime de precatório seria absolutamente impossível o Estado se reprogramar para prosseguir sem trégua no desempenho dos misteres que dão substância e propósito à sua concepção como realidade jurídica universalmente consagrada. Verdadeiro ponto de arremate e condição mesma da aventura humana enquanto projeto de vida civilizada, que é a vida rousseaunianamente em sociedade.

IV – agora já se percebe, sem o menor esforço mental, que toda essa base de inspiração do precatório como figura de direito comparece no âmbito do Estado enquanto prestador de serviços públicos. Ao menos quanto aos serviços públicos de nominação constitucional, que são de caráter objetivamente essencial (se não o fossem deixariam de ter na própria Constituição o seu qualificado

locus de positividade) e também titularizados pelo Estado. E titularizados pelo Estado em razão do seu necessário vínculo de atendimento a necessidades coletivamente sentidas, nomeadamente junto àqueles que não têm outro patrimônio que não sejam os serviços públicos mesmos, como habitualmente lembra Celso Antônio Bandeira de Mello ("os serviços públicos são o patrimônio dos que não têm patrimônio", fala o mestre paulista). Dando-se que, no caso dos autos, a recorrente é prestadora de serviço público essencial (geração e fornecimento de energia elétrica) e somente por modo formal é que se reveste de sociedade de economia mista. De fato, ou no plano do que se convencionou chamar de "mundo do ser", apenas 0,77% do respectivo capital é que não pertence ao setor público. Setor público de que ela faz parte como delegatária de genuíno serviço da União (alínea *b* do inciso XII do art. 21 da CF), e não simplesmente como concessionária, permissionária, ou autorizatária, sem falar que, à época de sua criação por decreto federal (1973), havia muita imprecisão técnica no caracterizar a personalidade jurídica das entidades prestadoras de serviços públicos, não sendo raro que empresas de direito fossem autarquias de fato. Do que decorre a sua identificação com o precitado caso da EBCT, a quem reconhecemos a prerrogativa de ver suas dívidas executadas sob o regime de precatórios.

17. Sob essas coordenadas mentais, voto pela extensão do regime de precatórios à parte recorrente. Não sem antes enfatizar que os serviços públicos se inscrevem nos quadros do moderno constitucionalismo social, pela sua peculiaridade de implicar postura prestacional onerosa do Estado, sobretudo em favor dos indivíduos e da cidadania. Por eles é que o poder público dá concretizadora vazão aos direitos sociais, transformando-os em cotidianas políticas públicas de afirmação e promoção humana. Donde sua definição como específica atividade material com que o Estado-administração busca instituir e elevar continuamente os padrões de bem-estar da coletividade, fazendo-o pela oferta de préstimos ou comodidades que, do ângulo dos seus beneficiários, têm a peculiaridade do desfrute direto, individual e contínuo.

18. Já em obra de doutrina, elaborada em 1997, a que intitulei de *O perfil constitucional da licitação* (editora Znt, Curitiba), assim enfrentei o tema dos serviços públicos:

> 15.3. Aflora à inteligência que os órgãos e entidades da Administração Pública existem vocacionalmente para o desempenho de atividades públicas, nelas embutido aquilo que a doutrina e jurisprudência conceituam como serviço público. Tal desempenho corresponde ao comportamento normal ou à conduta-padrão de todo o setor público (do qual as empresas estatais fazem parte), pela consideração de que: a) "(...) **a prestação de serviços públicos (...) incumbe ao Poder Público**" (*caput* do art. 175 da Lei Maior); b) a protagonização empresarial de atividade econômica, pelo Estado, se faz em caráter excepcional, seja porque o espaço das atividades produtivas já foi reservado pela Constituição aos particulares (parágrafo único do art. 173), seja porque o próprio *caput* do artigo constitucional de n. 173 deixa claro que não é típico do Poder Público atuar enquanto empresário ("**Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos**

imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"). Daí que, em se tratando de serviço público, a lei comum apenas tenha que instituir a empresa do Governo, a ela adjudicando diretamente o exercício da atividade. Sem a menor cogitação de disputa com a iniciativa privada, que não tem serviço público para oferecer à Administração. O Governo é que tem serviço público para ofertar à iniciativa privada, no plano do exercício, se não optar pela delegação a uma das suas empresas (novas, ou antigas, contanto que a adjudicação provenha da lei).

15.4. É próprio do regime constitucional da lei o cumprimento dessa função de gestar empresas governamentais que subsidiarão o Estado naquilo que é típico do Estado: a prestação de serviços públicos (parte inicial do art. 175 da CF, como visto). O nascimento, ou, então, o aproveitamento delas para tal mister só depende da lei. Elas não dispõem, sequer, da chance de refugar o serviço que lhes é delegado. Não nascem nem permanecem como pessoas **interessadas** na prestação do serviço público, no sentido volitivo ou da liberdade de participação que é pressuposto necessário da licitação. Ficam à mercê da lei, como quem obedece a ordens superiores, sem discussão. Enfim, **terceiros** não são, perante a Administração, porque são a própria Administração. Um pedaço dela, portanto.

(...)

15.6. Em verdade, quando a Lei das Leis fala de concessão ou permissão de serviços públicos, "sempre através de licitação", ela está a se referir ao repasse de atividade estatal para o setor privado. Tanto que, já nos incisos do art. 175, usa de palavreado que nada tem a ver com a ontologia das empresas do Governo. São os vocábulos "contrato", "prorrogação", "caducidade", "rescisão", que só ganham sentido quando aplicados a empresas do setor privado (não é por contrato que as empresas governamentais nascem para o mundo das realidades estatais, passando a manter com os órgãos da Administração Direta uma relação de tutela ou vinculação).

15.7. O próprio termo "empresas", também constante do art. 175 (inciso I), já denota que o discurso constitucional é dirigido ao setor privado, pois o vocábulo nunca é utilizado pela Constituição para nominar as entidades sob controle estatal. Quando quer se referir às empresas do Governo, a Lei das Leis fala é de "administração indireta", genericamente (como no *caput* do art. 37), ou, então, faz uso de alguma adjetivação característica do setor público de atividade, como nas expressões "empresas públicas" e "sociedades de economia mista" (parágrafo primeiro do art. 173).

15.8. Em adendo, muito importante é registrar que, quando a Constituição fala de prestação de serviço público, "diretamente" (inciso V do art. 30 e *caput* do art. 175), ou por forma "direta" pelos Estados (art. 173, cabeça), esses vocábulos não operam como termos sinônimos de "Administração Direta". Aqui, não! Eles significam, isto sim, todo o setor público. São palavras referentes a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, em oposição às empresas da iniciativa privada. A exploração direta de atividade econômica, tanto quanto a prestação direta de serviço público, ambas se fazem por protagonização estatal, em contraste com a exploração e a prestação que se dão por intermédio do setor privado. Setor público *versus* setor privado, este o verdadeiro sentido das palavras e expressões da Lei das Leis, no particular.

(...)

15.12. É razoável, contudo, a tese de que as empresas estatais de atividade puramente econômica se nivelem aos particulares, enquanto fontes supridoras das

necessidades materiais do próprio Estado-administração-direta, Estado-autarquia, ou Estado-fundação, à face do que dispõe o parágrafo primeiro do art. 173 da Lei Maior, *verbis*:

> A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

19. Abro parêntese para pontuar que o dispositivo transcrito corresponde, hoje, ao inciso I do § 1º do art. 173, nos termos da EC 19/1998. Fecho o parêntese e prossigo:

> 15.13. O sentido da norma transcrita é vedar às empresas estatais de finalidade econômica (não as prestadoras de serviço público) o usufruto de facilidades não franqueadas às unidades empresariais privadas, e, por isto, defensável é a interpretação que põe as empresas do Governo em situação de paridade com a iniciativa privada, sempre que se cuide de prestação onerosa de uma utilidade que o Estado possa encontrar junto aos particulares.
>
> (...)
>
> 15.15. Se as empresas econômicas do Governo conhecem dificuldades que suas congêneres privadas não estão obrigadas a experimentar (como o dever de abrir concurso público de provas, ou de provas e títulos, ou o próprio dever de licitar, por exemplo), é certo que não podem gozar das potestades que são próprias das pessoas jurídicas de direito público. Estas pessoas de personalidade pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com as respectivas autarquias) somente laboram sob o chamado **regime jurídico público**, por titularizarem atividades exclusivamente estatais; ou seja, atividades subtraídas ao senhorio do setor privado da sociedade, porque juridicamente qualificadas como próprias de quem não pode deixar de suprir as necessidades coletivamente sentidas: o Poder Público.
>
> 15.16. Noutro modo de repetir a ideia, o regime jurídico público existe para cumprir a função de proteger de modo especial uma atividade exclusivamente pública na sua titularidade. É esse tipo de atividade que recebe da Constituição um superior apreço, porque, em faltando o Estado (com suas autarquias), já não pode ocorrer a instantânea atuação supridora da iniciativa privada. O que não se dá, reconheça-se, com as atividades econômicas de eventual exploração estatal, salvo aquelas já constitucionalmente reservadas pela Constituição ao monopólio da União Federal.

20. Muito bem. Retornei a esse antigo estudo para assentar que não se aplica a totalidade do art. 175 do Texto Magno às empresas estatais de prestação de serviço público típico. Art. 175 em que ponho toda atenção com o propósito de reafirmar que o vocábulo "diretamente", escrito em seu *caput* e no inciso XII do art. 21 da Magna Lei, não remete o intérprete à dicotomia "administração pública direta/administração pública indireta", mas a uma outra dualidade básica: a que diferencia **setor público** e **setor privado**. Vale dizer, quando a Constituição, nos dois dispositivos em causa, determina que ao poder público incumbe a prestação de serviços públicos, **diretamente**, está a dizer que a prestação desses serviços constitui uma natural competência do Estado, agindo este assim por sua administração direta como por sua administração indireta. A depender tão somente da lei, porque à lei cabe fazer a escolha pela prestação do serviço público por entidade estatal (setor público, então), ou por empresa situada nos domínios da iniciativa privada (setor privado, portanto).

21. Com efeito, os serviços públicos, enquanto capítulo avançado do constitucionalismo social, devem ser, em regra, prestados pelo próprio poder público; tanto quanto a atividade econômica é de ser prestada pela iniciativa privada (parágrafo único do art. 170 da CF). E claro está que nesse domínio econômico só excepcionalmente a Constituição permite a atuação dos entes que integram o setor público (art. 173 da CF), sabido que ao Estado especificamente cabe, além de atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, desempenhar as atividades de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF).

22. Já no campo dos serviços públicos, propriamente, volto a dizer que o protagonista natural é o Estado. Somente por exceção ou "indiretamente" é que nossa Constituição franqueia a prestação dos serviços à iniciativa privada. Mas o faz segundo os rígidos comandos do art. 175, a saber: a) tracejamento por lei formal quanto ao transpasse da prestação do serviço em si; b) prévia e indispensável licitação para outorga da concessão ou permissão; c) celebração de contrato especial de concessão ou permissão, inclusive no tocante à sua prorrogação; d) condições legais de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; e) respeito aos direitos dos usuários, em sintonia com a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF/1988); f) política tarifária, cuja tônica deve ser a modicidade das tarifas e a consequente busca da universalização do acesso ao serviço (como direito social e concretização do princípio da igualdade real, segundo o *caput* do art. 37 da CF), além de ferramenta de concretização dos objetivos fundamentais a que se reportam os incisos I, III e IV do art. 3º da Lei Máxima; g) continuidade e adequação do serviço, comandos constitucionais que são modalidade de densificação do princípio da eficiência (cabeça do art. 37 da CF).

23. Daqui se segue que **todos** os incisos do parágrafo único do art. 175 se aplicam às **concessionárias** e **permissionárias** de serviços públicos. Serviços prestados **diretamente** por elas e **indiretamente** pelo poder público, permanecendo com o Estado a respectiva titularidade, pois o que se transpassa para a iniciativa privada é tão só a prestação da atividade em si.

24. Diga-se agora que os entes estatais que prestam, por si mesmos, os serviços que lhes são próprios (os de natureza pública), esses, em rigor, não se qualificam nem como concessionários nem como permissionários de serviços públicos. Trata-se de **delegatários** de tais serviços, pelo fato de que sua investidura na respectiva prestação (a titularidade já está conferida pela Constituição mesma) se dá por força de lei. Não de contrato. Donde não se submeterem a licitação. Recebem a incumbência de prestar o serviço por ato de **delegação** do respectivo titular – no caso, a pessoa jurídica da União – e agem por direta enunciação legal. Situação da Eletronorte, **delegatária** que somente por atecnia é chamada de **concessionária** de serviço público, pelo menos no tocante ao seu principal objetivo: "coordenar o programa de energia elétrica na região amazônica bem como construir e operar centrais elétricas e sistemas de transmissão nessa região", nos precisos termos do inciso III do art. 2º da Lei 5.824, de 14 de novembro de 1972. Objetivo, este, para o qual a empresa foi instituída

e posteriormente autorizada a funcionar no setor de energia elétrica, conforme Decreto presidencial 72.548, de 30 de julho de 1973. Sabido que "Os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água" são atividades constitutivas de serviços públicos federais; a cargo da União, portanto, "diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão" (art. 21, XII, *b*, da CF/1988). Ora, se tais atividades caracterizam-se como serviços públicos é porque estão pré-excluídas daquelas que são próprias do mercado, ou seja, é porque de atividades econômicas não se trata. Sendo certo, ainda, que a razão de ser da recorrente é a prestação do serviço público em causa, retratado na geração e distribuição de energia elétrica. Isto, acresça-se, em vastas, sacrificadas e ermas regiões do País. Logo, a ela não se aplica o art. 173 da Lei Maior, nem, a rigor, o seu art. 175, registrando-se que a não aplicação do art. 173 às empresas estatais prestadoras de serviço público foi reconhecida por esta nossa Corte no RE 172.816, da relatoria do ministro Paulo Brossard.

25. Ora, sendo a recorrente uma delegatária de serviço público federal, constituída sob a forma de sociedade anônima de economia mista, de capital fechado, insere-se ela no que vimos chamando de "setor público"; ou seja, a Eletronorte, empresa recorrente, **é o próprio poder público** a que se referem o *caput* do art. 175 e o inciso XII do art. 21 da Magna Carta de 1988. Poder público ou setor público a prestar **diretamente** o serviço alusivo à geração e fornecimento de energia elétrica, ainda que sob a forma jurídica de pessoa estatal de direito privado.

26. Todas essas considerações me levam a concluir que a recorrente é alcançada pelo conceito de "Fazenda Pública", presente no *caput* do art. 100 da Constituição, pois não há dicotomia técnica entre setor público e Fazenda Pública, para fins de execução de débitos judiciais. Isso porque ela, recorrente, é prestadora de serviços públicos essenciais. Serviços essenciais de titularidade da União (nunca é demais repetir), sendo irrelevante, no ponto, que a mera prestação do serviço haja sido transferida a pessoa da administração pública indireta. Donde se concluir pela presença daquelas razões que informam o sistema de precatórios também quando o caso é de débito a cargo de sociedade de economia mista delegatária de serviços públicos. Isso porque a penhora e posterior alienação de bens da delegatária implicaria: a) a transferência de coisa pública para o patrimônio particular, com comprometimento da adequação e continuidade de serviço público, em ofensa ao princípio republicano; b) a invasão do patrimônio estatal, pelo Poder Judiciário; c) ofensa ao interesse público na continuidade e adequação dos serviços públicos prestados por meio dos bens objeto da execução; d) risco de quebra da impessoalidade e da igualdade entre os credores.

27. Nesse fluxo de argumentação, resulta óbvio que a execução pelo sistema de precatórios é uma prerrogativa da administração pública, direta ou indireta (neste último caso, desde que não se trate de pessoa que desenvolva atividade econômica, por força do inciso II do § 1º do art. 173 da CF). Prerrogativa de se ver executada por ele, sistema de precatórios, e não pelo regime comum de execução por quantia certa, que pressupõe penhora. Penhora que poderia recair

sobre bens e rendas sem os quais a prestadora do serviço público se visse impossibilitada de continuar a atividade essencial que lhe foi delegada.

28. Não nego, por evidente, que se trata de pessoa jurídica de direito privado. Entretanto, forçoso é reconhecer que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público são regidas por um regime jurídico diferenciado daquele que é típico das empresas que vivem *do* e *para* o mercado. Daí os rígidos controles a que se submetem, inclusive perante os tribunais de contas. A propósito, confiram-se: § 9º do art. 14; § 1º do art. 28; alínea *d* do inciso VII do art. 34; *caput*, XVII e XIX, e §§ 3º, 6º, 7º, 8º e 9º do art. 37; inciso X do art. 49; art. 70; incisos II e III do art. 71; alínea *f* do inciso I e o § 2º do art. 102; art. 103-A; alínea *h* do inciso I do art. 105; inciso I do art. 114; inciso III do § 3º do art. 142; inciso V do art. 163, todos da Carta Magna de 1988.

29. Essa fundamental ambiência jurídica do interesse coletivo em que se inserem as empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos, responde pela execução de débitos judiciais por mecanismo processual que resguarde a continuidade e adequação de tais serviços. Apenas a título de registro do forte interesse público envolvido neste caso, informo que as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) detém 99,03% das ações da Eletronorte, e que a União detém 52,00% das ações ordinárias da Eletrobrás. Informações que constam dos sites da Eletronorte e da Eletrobrás (acesso em 26 de agosto de 2010).

30. Não se desconhece a alegação da inaplicabilidade do regime de precatórios às empresas em causa, por não disporem elas de orçamento público. Todavia, tenho como inconsistente o argumento. Explico.

31. Dispõe o § 5º do art. 165 da Constituição:

> § 5º A lei orçamentária anual compreenderá:
> I – o **orçamento fiscal** referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades **da administração** direta e **indireta**, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
> II – o **orçamento de investimento** das **empresas em que a União**, direta ou indiretamente, **detenha a maioria do capital social com direito a voto**;
> III – o **orçamento da seguridade social**, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

32. À luz desses dispositivos, vê-se que a realidade financeira de todas as estatais é apanhada pela lei orçamentária da União. Nenhuma delas escapa à realidade do orçamento da nossa pessoa federada central. O que é preciso distinguir é o seguinte: na prática, os orçamentos das estatais ora fazem parte diretamente do orçamento fiscal da lei orçamentária anual, ora são aprovados por decreto do presidente da República. Isso a depender da classificação da empresa como dependente, ou não dependente do regular aporte de recursos financeiros da União.

33. Fale-se mais: o conceito de empresa não dependente é obtido por contraposição ao conceito de "empresa dependente". Definição estabelecida pelo

inciso III do art. 2º da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a saber:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:
> (...)
> III – empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

34. Entre essas empresas, inteiramente dependentes de recursos públicos para operar e cuja definição também é regulada pela Resolução 40/2001 do Senado Federal, encontram-se a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (CODEVASF), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), Hospital de Clínicas de Porto Alegre, Hospital Cristo Redentor S.A., Hospital Fêmina S.A., Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A., Indústria de Material Bélico do Brasil (IMBEL), Indústrias Nucleares do Brasil S.A. (INB), Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. (NUCLEP) e Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (VALEC). Isso conforme dados extraídos da página eletrônica do Ministério do Planejamento (acesso em 26 de agosto de 2010).

35. Esta a razão pela qual as dotações para "cumprimento de sentenças judiciais transitadas em julgado de empresas estatais dependentes" devem constar da lei orçamentária, consoante inciso XXI do art. 12 da Lei 12.309, de 9 de agosto de 2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011), regra que vem sendo anualmente reproduzida nas sucessivas LDOs. Isto ao lado de dotações para pagamento de "precatórios judiciários" e de "débitos judiciais transitados em julgado considerados de pequeno valor, incluídos os decorrentes dos Juizados Especiais Federais" (incisos XI e XIII do mesmo art. 12).

36. Percebe-se, pois, que a sistemática legal de pagamento de débitos judiciais pelas chamadas empresas estatais dependentes é praticamente idêntica ao mecanismo do precatório. Esses débitos são pagos por dotações constantes do orçamento fiscal, assim como o são os débitos formalizados em precatórios ou em requisições de pequeno valor, estas previstas no § 3º do art. 100 da Magna Lei.

37. Quanto às estatais não dependentes, seus orçamentos são aprovados por decreto presidencial, nos termos do art. 107 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Orçamentos que têm sido consolidados e acompanhados pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), órgão do Ministério do Planejamento. Essa consolidação de informações econômico-financeiras das empresas estatais, dispostas de modo sistematizado, é denominada **Programa de Dispêndios Globais (PDG)**, instrumento de planejamento paralelo ao orçamento de investimentos previsto no inciso II do § 5º do art. 165 da Lei das leis. Registro que o PDG para o exercício 2010 foi aprovado pelo Decreto 6.997, de 4 de novembro de 2009.

38. A execução do PDG de cada estatal não dependente é supervisionada pelo ministério federal a que se vincule a empresa. No caso da Eletronorte, o Ministério das Minas e Energia.

39. A conclusão a que se chega é que há, sim, um orçamento a governar as estatais. Orçamento previsto em lei e regulado por ato normativo do Poder Executivo e que se vincula ao orçamento público geral, seja por sua relevância para a definição do chamado orçamento de investimentos, seja por sua importância para a geração de resultados econômicos da própria União, seja ainda pela indispensabilidade de controle da gestão dos bens e recursos públicos sob responsabilidade dessas empresas.

40. Outra anotação que considero pertinente é a previsão expressa de precatórios para a administração pública indireta (sem qualquer limitação a autarquias ou fundações públicas). Previsão, essa, feita pela EC 62, ao acrescentar o art. 97 ao ADCT.

41. Assim vistas as coisas, conclui-se que a execução por quantia certa contra sociedade de economia mista prestadora de serviço público é de se fazer por meio de precatório, aplicando-se, no que couber, as regras dos arts. 100 da Constituição e 730 e 731 do Código de Processo Civil.

42. Parece que estamos diante de um caso clássico, típico, escolar de aplicabilidade do ditado latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* que traduzido significa "onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito". Se as atividades genuinamente estatais são clausuladas e, portanto, protegidas com regime especial de precatório, essa mesma razão subsiste para extensão do regime especial do precatório às empresas que prestem serviços públicos essenciais. O que interessa não é a natureza jurídica da empresa. O que interessa é a atividade em si, a atividade estatal titularizada pelo Estado, ponto avançado do constitucionalismo social.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Concordo com tudo o que Vossa Excelência acaba de dizer, mas tenho dúvida se essa empresa presta efetivamente serviço público. Nos anos noventa, houve um vasto processo de privatização nessa área, no Brasil. E diversas empresas nacionais e estrangeiras adquiriram o controle das empresas da geração e distribuição de energia elétrica.

A dúvida que tenho é a seguinte: A Eletronorte não estaria a competir com essas empresas? Ela não atuaria, de fato, como uma empresa em igualdade de condições com as empresas privadas?

Veja Vossa Excelência, tenho uma lista enorme de empresas que adquiriram empresas federais e estaduais desse setor. Por exemplo: em São Paulo,

a Eletropaulo Metropolitana foi adquirida por um consórcio composto pela EDF Francesa, pela AES e pela Huston. Uma empresa de nome Eletropaulo Bandeirante – provavelmente se dedica ao interior – foi adquirida pela CPFL/EDP. A Electro foi comprada pela Enron Brasil. Lá no norte, a CE Norte-Nordeste foi adquirida pela BBC Brasil.

E também pela CEA – Estados Unidos, e pela nossa Previ, no Rio de Janeiro; pela EDF, como todos sabemos, a Light.

Daí a minha dúvida.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Vossa Excelência suscita uma questão importante.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Onde estaria o serviço público, aí.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque o ponto de partida, ministro, Vossa Excelência me permite, parece ser oposto ao de Vossa Excelência, que afirma que, sendo serviço público, quem a presta – se é empresa pública ou sociedade de economia mista – teria o mesmo tratamento constitucional, dadas as autarquias e fundações públicas. E o ministro Joaquim Barbosa suscita: se é serviço, o serviço prestado pelo particular, tal por essas empresas que foram privatizadas ou que já vinham prestadas por ela, também se submete a um regramento que é próprio do Estado? Pontos de partida são opostos e, aí, temos que decidir aqui é o ponto de chegada.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu só estou defendendo esse ponto de vista porque entendo que, à luz da Constituição, exatamente a alínea *b* do inciso XII do art. 21:

> Art. 21. (...)
> b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, (...)

São serviços públicos titularizados pela União.

A União não decaiu da titularidade, não decaiu do senhorio. Os serviços são públicos por definição e pertencem a ela, União. O que a União pode fazer é explorá-los, recorrendo à iniciativa privada pelos institutos da concessão e da permissão, cabeça do art. 175, sempre mediante licitação.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Foi o que houve.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Foi o que houve, em parte, desses serviços. Mas parte dos serviços de geração e distribuição de energia, para esses nove Estados, ficou com o próprio setor público, tanto na titularidade, porque a titularidade é intransmissível, é irrepassável, quanto na prestação. O que chamamos aqui, no setor elétrico de privatização, é privatização no plano executório, no plano da prestação. A atividade, em si, continua genuinamente pública.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É que o serviço de energia elétrica tem três etapas: a geração, a transmissão e a distribuição. Então, é preciso saber, no art. 21, XII – Vossa Excelência citou a alínea *b*?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Sim.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque aqui se trata de "serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água", apenas para fixar que esse serviço tem que ser "em articulação com os Estados". Foi o caso celebérrimo de Furnas, em 1999, 1997, por aí, 97 até 99, exatamente porque não havia articulação com os Estados. Isso aqui significa isto. Foi estudado sempre que, quando a União, que é a titular desse serviço, tiver o aproveitamento dos cursos d'água e, aí, a energia elétrica prestada mediante hidrelétricas, e quando utilizar de águas que estejam nos Estados, o caso do Rio São Francisco, o caso de Furnas, precisava de ter a articulação do Estado. A competência é essa.

Agora, de toda sorte, também partilho como Vossa Excelência – estou trazendo apenas uma achega, não estou sinalizando nem voto.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Pois não.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Apenas para dizer que, nos serviços em que se desdobra a prestação do serviço de energia elétrica, é preciso saber que o que foi chamado realmente privatização foi isto: passaram-se algumas empresas que eram prestadoras e que eram estatais para a atividade privada.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A pergunta que o ministro Joaquim põe – se eu estiver certa e tiver entendido bem – é: quando, por exemplo, a empresa Leopoldina, em Minas, presta serviço e a Cemig também, a Cemig se inclui na questão dos precatórios, na dinâmica proposta por Vossa Excelência, e a outra entidade que presta o mesmo serviço não. Porque, aí, o que Vossa Excelência, em seu voto, afirma o tempo todo é que o serviço é como se fosse um toque de Midas que faz com que aquele regime prevaleça. Se esse serviço é prestado por um particular, e, no caso, por exemplo...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É. Há autores que dizem isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Automaticamente, então, a conclusão a que Vossa Excelência chega seria – e o ministro Joaquim teria que chegar também – que, mesmo sendo prestado por um particular, ele se submete a um regime estatal?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Se a empresa for não estatal, apenas concessionária do serviço, a ela eu não estendo o regime de precatório.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A questão não é mais do serviço.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Agora, uma coisa é a impenhorabilidade dos bens que estejam afetados ao serviço público essencial, outra coisa é a execução desses bens.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Da instalação, exatamente. A execução da atividade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós temos que fazer claramente uma distinção disso.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Foi o fundamento da decisão recorrida do Tribunal, fez essa distinção.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O fato de eventualmente alguns bens da empresa serem impenhoráveis, a meu ver, não implica na alteração do regime de execução.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E no precatório.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Nós temos que verificar também o precedente; um dos precedentes invocados não se ajusta. A ECT tem uma situação completamente diferente: é um monopólio estatal, é uma função estatal prevista na própria Constituição, exercida com absoluta exclusividade. Aqui, não. Mas, se os colegas que me antecedem não se opõem, eu gostaria de antecipar meu pedido de vista.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, eu estava também pedindo esse necessário olhar coletivo para uma peculiaridade: eu fui comunicado, pela própria executada, da penhora da quantia de R$ 237.000.000,00, constitutiva de depósitos bancários, e a empresa recorrente alega que essa indisponibilidade de quantia tão vultosa impede a desembaraçada continuidade na prestação de serviços essenciais à comunidade, e certos programas de investimento também ficam prejudicados com esse bloqueio de quantia tão expressiva. Essa mesma empresa recorrente alega que, nos autos da ação cautelar – e cita as folhas –, o valor exato da dívida ainda está sendo objeto de discussão nas instâncias ordinárias.

Eu determinei que essa quantia fosse colocada a render em caderneta de poupança, e como já há dois anos que o bloqueio se fez e a empresa recorrente me parece já teve tempo suficiente para contingenciar despesas, fazer o aporte de novos recursos, eu proporia, até o retorno do voto vista do eminente ministro Joaquim Barbosa, que esse bloqueio permanecesse – que não fosse feito o levantamento, pela recorrente, dessa quantia; que ficasse como "soldado de reserva", porque o meu voto pode não ser chancelado pela maioria da Corte.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu ouvi, na sala ao lado, o advogado dizer da tribuna que parte desses recursos diziam respeito a convênios firmados com a União para a execução de determinados serviços. Vossa Excelência fez destaque dessas duas situações; uma coisa é o patrimônio da empresa, outra coisa é o dinheiro depositado na mesma conta, mas referente a convênios.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Ou deixaríamos que o juízo da execução dispusesse, decidisse sobre a liberação.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, Vossa Excelência implementou uma liminar na ação cautelar.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Foi.

O sr. ministro Marco Aurélio: E permanece de pé até aqui.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Permanece. Vamos manter a cautelar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos aguardar o voto do ministro Joaquim Barbosa.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): O ministro Marco Aurélio lembrou bem: mantemos então a liminar.

EXTRATO DA ATA

RE 599.628/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte (Advogados: Ilmar Nascimento Galvão e outros). Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S.A. (Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outros).

Decisão: Após o voto do ministro Ayres Britto (relator), dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o dr. Ilmar Nascimento Galvão, e, pela recorrida, o dr. Aldir Guimarães Passarinho. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 3 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, pedi vista dos autos para afastar duas inquietações. Preocupavam-me os indicativos de que a recorrente compete com outras entidades, públicas ou privadas, no mercado de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação ou exportação de energia elétrica, de modo que a extensão do regime de precatório poderia desequilibrar artificialmente as condições de concorrência.

Também relevante é circunstância de a concorrente ser sociedade de economia mista, voltada à exploração lucrativa em benefício de seus acionistas, sejam eles entidades públicas ou privadas.

Peço vênia ao relator para dizer que ambos os temores foram confirmados.

A meu sentir, a circunstância de o modelo de geração e fornecimento de energia admitir a livre iniciativa e a concorrência é preponderante para resolução da controvérsia.

De fato, o exercício de atividade com intuito lucrativo, sem monopólio estatal, deve submeter-se aos instrumentos de garantia do equilíbrio concorrencial, nos termos do art. 173, § 1º, II, e § 2º, da Constituição. Em especial, a empresa

pública e a sociedade de economia mista devem despir-se das prerrogativas próprias do Estado nas hipóteses em que incursionarem na seara de exploração econômica. A importância estratégica da atividade não afasta sua conformação à legislação vigente.

O atual modelo do setor elétrico prevê o financiamento tanto por recursos públicos como por recursos privados. Ao contrário do modelo aplicado até 1995, **há competição na geração e na comercialização de energia elétrica**. Ademais, o sistema também acomoda a convivência de mercados livre e regulado (ACL e ACR, respectivamente), bem como a existência de consumidores livres e de consumidores cativos (arts. 15, 16 e 26, § 5º, da Lei 9.074/1995, arts. 1º, § 2º, X e XI, e 48 do Decreto 5.163/2004).

A competição entre geradores de energia elétrica no Ambiente de Comercialização Livre (ACL) é perceptível com mais facilidade, pois os consumidores que têm acesso a tal mercado possuem margem maior para escolha e negociação.

Não obstante, também há concorrência no Ambiente de Comercialização Regulado, ainda que em menor grau. Com o objetivo de alcançar a modicidade tarifária, a energia elétrica excedente é comercializada às distribuidoras por meio de leilões. Com o mesmo objetivo de garantir a concorrência, o acesso ao ACR se dá por meio de licitação (quer dizer, a concessão ou a permissão dependem de prévia licitação).

Ademais, lembro que as indústrias detentoras de unidades próprias de geração de energia podem comercializar a produção excedente, ainda que este tipo de operação não faça parte de seu objetivo social preponderante (autogeradoras).

Em especial, devido às distorções sociais causadas pela dificuldade de acesso físico, a baixa renda da população local e o grande potencial de geração, as regiões Norte e Nordeste produzem mais energia do que consomem (25% e 21%, respectivamente). Por outro lado, como o excedente pode ser comercializado, essas regiões são consideradas exportadoras de energia elétrica.

Embora a recorrente atue em todo o território nacional, seu foco recai sobre o mercado consumidor da região Norte e de parte da região Nordeste. A recorrente opera onze usinas, nos estados do Acre, do Amazonas, do Amapá, do Pará, de Roraima e de Rondônia. Tal mercado é composto por duas grandes geradoras, a recorrente e a Chesf, e por uma série de outros agentes geradores menores. Por exemplo, há dezessete outras unidades geradoras de energia elétrica no Acre. Destas, nove operam como Produtores Independentes de Energia (PIE), isto é, são concessões "para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco" (art. 2º, I, do Decreto 2.003/1996).

Para melhor ilustrar, separei os seguintes dados do Banco de Informações de Geração (BIG), mantido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL):

Estado	Eletronorte	SP	PIE	APE	REG
AP	2	4	1	0	3
PA	2	10	14	6	47
RR	1	10	0	0	64
RO	2	6	21	5	37

Legenda:

Eletronorte: empreendimentos executados pela recorrente.

SP: empreendimentos cuja energia é destinada ao serviço público, operados por outras pessoas jurídicas.

PIE: empreendimentos cuja energia é destinada à produção independente, operados por outras pessoas jurídicas.

APE: empreendimentos cuja energia é destinada à autoprodução, operados por outras pessoas jurídicas.

REG: unidades geradoras de energia elétrica sujeitas a registro (*e.g.*, *Cindacta* IV, Infraero, etc.).

Para nosso propósito, interessam-nos os Serviços Públicos (SP), as Produtoras Independentes de Energia (PIE) e as Autoprodutoras de Energia (APE), com autorização para comercializar o excedente gerado.

Como já apontado, são Produtores Independentes de Energia Elétrica as pessoas jurídicas ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Em sequência, são Autoprodutores de Energia Elétrica a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo. Os autoprodutores podem receber autorização específica para comercializar o excedente gerado.

Por fim, o fornecimento de energia elétrica na modalidade de "serviço público" submete-se ao regime altamente regulamentado, universal e no qual não pode haver solução de continuidade.

Portanto, a extensão à sociedade de economia mista, de prerrogativa constitucional inerente ao Estado tem o potencial para desequilibrar artificialmente as condições de concorrência, em prejuízo das pessoas jurídicas e dos grupos de pessoas jurídicas alheios a qualquer participação societária estatal.

Passo à segunda inquietação.

Nos termos do art. 100 da Constituição, a execução das sentenças transitadas em julgado contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do precatório. A sistemática diferenciada tem duas razões de ser. Para o Estado, trata-se de garantia necessária à execução do orçamento, na medida em que permite que o desembolso seja devidamente previsto e acomodado dentre as demais despesas. Do ponto de vista do credor, o regime do precatório assegura certa medida de tratamento isonômico, pois o pagamento deve seguir a ordem de apresentação das requisições.

A Constituição e a legislação de regência permitem, em caráter excepcional, a participação do Estado em atividades econômicas, destinadas à obtenção

de lucro (art. 173, *caput*, da Constituição). Por sua vez, a atuação do Estado como agente de mercado é compatível com a parceria privada, não apenas pelo recente instrumento das Parcerias Público-Privadas (PPP). A rigor, na nossa organização administrativa as sociedades de economia mista destinam-se ontologicamente à exploração de atividade econômica, em comunhão de interesses com a iniciativa privada e com intuito lucrativo (art. 5º, III, do Decreto-Lei 200/1967[1]).

São instrumentos de atuação do Estado em campo que, em princípio, é próprio da iniciativa privada.

Ao perseguir o lucro como objetivo principal, o Estado deve despir-se das garantias soberanas necessárias à proteção do regime democrático, do sistema republicano e do pacto federativo, pois tais salvaguardas são incompatíveis com a livre iniciativa e com o equilíbrio concorrencial. O direito de buscar lucro é essencial ao modelo econômico adotado na Constituição, tendo como perspectiva o particular, e não o Estado.

Se a relevância da atividade fosse suficiente para reconhecimento de tais garantias, atividades como os serviços de saúde, a extração, refino e distribuição de petróleo, a indústria petroquímica, as empresas farmacêuticas e as entidades de educação também seriam beneficiárias de tais prerrogativas, bastando que o poder público se aliasse ao corpo societário do empreendimento privado.

No caso em exame, é incontroverso que a recorrente tem como objetivo principal o lucro.

Segundo o balanço de 2009, a Eletronorte encerrou o exercício com ativos da ordem de R$ 17.954.177.000,00. No mesmo período, seu patrimônio líquido, somado ao valor do Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, alcançou o montante de R$ 10.227.063.000,00.

Ademais, sua controladora, a Eletrobrás, possui ações livremente negociadas em bolsas de valores, como a *New York Stock Exchange* (ADR).

A meu sentir, a recorrente, sociedade de economia mista, não explora o potencial energético das fontes nacionais independentemente de qualquer contraprestação, mas o faz, licitamente, para obter lucro. E, portanto, não ocupa o lugar do Estado.

Assim, pedindo vênia ao eminente relator, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, se Vossa Excelência me permite, com a devida vênia, são duas visões completamente diferentes, mais

---

[1] Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta.

do que diferentes, antagônicas, a minha e a do ministro Joaquim Barbosa; é com todo o respeito que o digo.

Aqui não se trata de concorrência; concorrência, não se trata de mercado. A atividade definida pela Constituição como de serviço público, e esse é o caso, é pré-excluída do mercado, quando o próprio setor público é que se encarrega da prestação do respectivo serviço. Não há lucro, o lucro é eventual, e não é o fim da atividade. Enquanto nas empresas privadas o lucro é o fim e o serviço prestado é o meio, a mercadoria vendida é meio, a intermediação realizada é meio, a empresa desempenha essas atividades para obter lucro, no âmbito das empresas estatais prestadoras de serviço público o lucro é meio; obtém-se o lucro para prestar o serviço, e o serviço é tão importante que, mesmo que não haja lucro, ainda assim ele deve ser prestado. Quer dizer, é completamente diferente.

O art. 173 da Constituição não se aplica à Eletronorte, porque o art. 173 dispõe sobre atividade econômica do Estado, que se dá em caráter excepcional, porque a atividade econômica é própria da iniciativa privada, é própria do setor privado, e não do Estado. Está dito isso no art. 170, parágrafo único, combinadamente com o art. 173 da Constituição.

A Eletronorte, diferentemente das empresas que distribuem energia elétrica, investiu-se na prestação dos serviços que lhe foram afetos por lei; não se investiu neles por contrato de concessão, contrato de permissão, contrato de autorização – autorização não é nem contrato, é ato unilateral; nada disso. As prestadoras de serviços públicos pertencentes ao próprio Estado, ao próprio setor público se investem nas suas atividades por vontade da lei, é por delegação. Elas nem podem refugar o serviço que lhes é adjudicado por lei; não se trata de concessão nem de permissão, nem de autorização, e, sim, de delegação no rigor dos termos. Depois, ela desempenha atividades que não são desempenhadas por outras empresas, mesmo do setor privado na condição de concessionárias ou permissionárias. Ela constrói hidrelétricas, e ela coordena o fornecimento de energia em toda a região Norte do País; ou seja, ela desempenha uma atividade típica de poder público. A Eletronorte, por lei, tem essa destinação de construir e operar centrais elétricas e sistemas de transmissão em toda a região amazônica, como é ela que coordena o programa de energia elétrica na região amazônica. Isso evidentemente que não é disputado com nenhuma empresa do setor privado.

A tese que eu defendo no meu voto, de extensão do regime de precatório às empresas estatais prestadoras de serviço público, é de fácil explicação. Qual a razão que levou a Constituição a instituir o regime de execução de dívidas contra o Estado, reconhecidas em juízo e constantes de ofícios requisitórios? Qual a razão que levou a Constituição a instituir não a execução de dívidas judiciais previstas no Código de Processo Civil, mas, sim, no art. 100 da Constituição? Simples. As atividades estatais são dominadas pelo princípio da continuidade. O Estado não pode ser surpreendido com uma penhora, por exemplo, com um arresto ou um sequestro de bens ou até de rendas, para pagamento de dívidas, senão com o risco de estancar a prestação de atividades que são essenciais a toda a população. Ora, é exatamente essa a razão que prospera quando se trata de uma empresa estatal

prestadora de serviço público. É um serviço prestado ao público, à coletividade, à população por inteiro. E como a iniciativa privada não tem serviço público para oferecer ao Estado, o Estado é que tem serviço público para oferecer à iniciativa privada no plano da prestação, mediante licitação e contrato de concessão ou permissão. Então, como à iniciativa privada não compete prestar serviço público, senão excepcionalmente, mediante contrato com o Estado, quando o Estado, por lei, traspassa-lhe uma atividade que é dele, Estado, traspassa a iniciativa privada, então, faltando o Estado à população, tudo o mais vai faltar à população. Se faltar a presença do Estado na prestação de serviços públicos, tudo o mais vai faltar à população, porque não há como substituir instantaneamente o Estado.

Então, me parece que, aqui, no plano da interpretação finalística da Constituição, temos uma aplicação até escolar da aplicabilidade do ditado *latino ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, cuja tradução é a seguinte: onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito. Se as atividades genuinamente estatais, todas as atividades genuinamente estatais, inclusive legislação, diplomacia, defesa, segurança pública, jurisdição; se todas são protegidas com regime especial de precatório, essa mesma razão subsiste para extensão desse regime especial às empresas estatais prestadoras de serviço público. Ou seja, o que interessa não é a natureza jurídica da empresa, não é o seu rótulo de economia mista, não é o seu rótulo de empresa pública; isso não interessa, a meu juízo, *data venia* de entendimento contrário. O que interessa é a atividade em si. A atividade em si é genuinamente estatal, está voltada para o atendimento de necessidades coletivamente sentidas, segundo aquela ideia-força tão difundida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, de que o patrimônio de quem não tem patrimônio é o serviço público. O serviço público é o patrimônio de quem não tem patrimônio, que é a grande massa da população. Então, o que interessa é a atividade em si, e essa atividade é dominada constitucionalmente pelo princípio da continuidade, não pode ser estancada abruptamente. É por isso que serviço público, hoje, numa moderna concepção doutrinária, se inscreve no âmbito do moderno constitucionalismo social; se inscreve no âmbito do moderno constitucionalismo social, porque ele chega até à população mediante atividade prestacional do Estado, e atividade onerosa do Estado, diferentemente dos direitos individuais.

Então, por isso, eu louvo, como sempre, o judicioso voto do ministro Joaquim Barbosa, mas peço vênia a Sua Excelência para conhecer do recurso e a ele dar provimento.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, vou fazer juntada de voto por escrito, mas, basicamente, subscrevo, pedindo vênia à divergência aberta pelo eminente ministro Joaquim Barbosa, o voto do eminente ministro relator, Ayres Britto, no sentido da característica da empresa em questão.

Sua Excelência fez referência à lei que estabelece objetivos e metas específicas de políticas públicas para a prestação desse serviço essencial, e agregarei ao meu voto aspectos relativos aos seus estatutos. Os estatutos da Eletronorte trazem uma série de limitações à sua atividade econômica no mercado, a fim de dirigi-la à prestação do serviço essencial para o qual o Estado brasileiro a criou. Da mesma forma, os estatutos da Eletrobras, a *holding* que ela integra, estabelecem uma série de limitações, uma série de objetivos, que lhe dão uma característica toda peculiar, não sendo possível, a meu ver, tratá-la como uma empresa que compete no mercado, tal qual uma Embratel ou uma empresa na qual a União tenha uma *golden share* – e tenha, assim, direito de veto em determinadas circunstâncias – mas que atua livremente no mercado. Ela atua dirigida, ela atua absolutamente com finalidades específicas, dadas por lei, por seus estatutos.

Por essas razões, senhor presidente, agregando que, se a Corte aplicou o sistema do precatório aos Correios, *a fortiori*, é muito mais essencial – embora lá o caso seja de monopólio, aqui, não –, mas, *a fortiori*, é um serviço essencial como esse, de exploração e de levar – como disse o ministro relator e como impõem os estatutos – o serviço de energia elétrica a uma série de localidades brasileiras, nas quais a iniciativa privada jamais iria – porque não há concorrência de mercado, não há interesse do capital, não há interesse econômico... *A fortiori*, senhor presidente, peço vênia ao eminente ministro Joaquim Barbosa para acompanhar o eminente relator.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: O objeto do presente recurso, como bem destacado pelo eminente relator, é a aplicabilidade do regime de precatórios à *Eletronorte*, uma sociedade anônima subsidiária da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRAS).

Acompanho inteiramente os fundamentos do voto de Sua Excelência o ministro **Ayres Britto**, com os aditamentos aqui lançados.

É necessário observar a natureza da recorrente e quais são as suas relações com a controladora, *Eletrobras*, uma sociedade de economia mista federal.

Para esse fim, convém consultar os estatutos sociais dessas empresas.

A *Eletronorte*, em seu objeto social, tem declaradamente a finalidade de atuar nos Estados de Tocantins, Maranhão, Pará, Amazonas, Acre, Mato Grosso, Rondônia, Roraima e Amapá (art. 1º), o que já revela que são áreas de baixo interesse econômico para investidores privados. Essa perspectiva, registre-se, afasta, sob a óptica mercadológica, a identidade de regimes, a simetria de objetivos entre a recorrente e outras empresas privadas sem participação pública.

O campo de atuação econômica da *Eletronorte*, por conseguinte, não foi ditado pela lógica do mercado privado, bem assim pelas noções de concorrência e de lucro. O **elemento teleológico** prevalece sobre o **elemento formal**. E isso precisa ser registrado, como bem acentuou o relator ao tentar estabelecer descrimines entre a recorrente e outras pessoas jurídicas do ambiente do livre mercado.

A *Eletronorte*, por outro lado, não tem plena liberdade no que se refere à sua organização administrativo-empresarial e à sua atuação no mercado. Seu estatuto, em seu art. 3º, dá o testemunho de que seu objeto social é integrado por fins como: a) contribuir para a formação de pessoal técnico necessário ao setor de energia elétrica e preparar operários qualificados; b) "participar de entidades dirigidas pela *Eletrobras* e destinadas à coordenação operacional de sistemas elétricos interligados"; c) "prestar serviços de laboratório, operação e manutenção de sistemas de geração, transmissão de energia elétrica, apoio técnico, operacional e administrativo às empresas prestadoras do serviço público de energia elétrica"; d) colaborar com a *Eletrobras* em programas de incentivo da indústria nacional de materiais e de equipamentos destinados ao setor de energia elétrica.

As alíneas *j* e *k* do art. 3º do estatuto da *Eletronorte* também reforçam essa perspectiva de uma empresa vinculada à prestação de serviço público e submetida a controles rígidos da *Eletrobras*, quando afirmam que a associação da recorrente a consórcios ou a outras empresas dependerá de "prévia e expressa autorização do Conselho de Administração da *Eletrobras*". Além disso, a comercialização de seus direitos de uso e ocupação de torres e instalações só ocorrerá mediante o *placet* expresso e anterior da *Eletrobras*.

Qual empresa privada tem em seu objeto social a formação de trabalhadores para o setor no qual, em tese, concorre livremente? Ela se obriga a contribuir para que seus adversários tenham melhores empregados?

Qual empresa privada típica tem obrigação de colaborar e dar apoio técnico e administrativo às "empresas prestadoras do serviço público de energia elétrica"?

É submetida à livre concorrência uma empresa que depende da autorização prévia de uma estatal para se consorciar ou associar a outras pessoas jurídicas, bem como para negociar seus direitos sobre equipamentos essenciais?

Evidentemente que a resposta é negativa.

O poder público age por intermédio da *Eletronorte*. Não é admissível que se cooneste a equiparação da recorrente às empresas do setor privado puro apenas para permitir que seu patrimônio seja excutido sem as cautelas apropriadas às empresas que se voltam para o regime da prestação do serviço público essencial e sem concorrência, em sua acepção estrita.

A Corte não pode se dissociar do precedente histórico, firmado no RE 220.906, rel. min. **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, julgado em 16-11-2000, *DJ* de 14-11-2002, em cuja ementa se afirmou textualmente que: "À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e

por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da Constituição Federal".

A se rejeitar a tese da *Eletronorte*, colocam-se empresas desse jaez em estado de permanente insegurança patrimonial, sujeitando-as a medidas judiciais, mesmo de caráter liminar, que podem atingir sua economia interna, suas finanças e seus ativos bancários. É um poder excessivo de intervenção em pessoas jurídicas que sofrem restrições *finalísticas*, devidamente timbradas em seus estatutos, como as transcrições acima bem o demonstraram. Esse regime de tipicidade da prestação de serviços públicos é restritivo e deve vir acompanhado de algumas contrapartidas, como a submissão ao rito dos precatórios.

Ante o exposto, acompanho o eminente relator.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, eu gostaria só de insistir num ponto. Eu acredito que a comparação com os Correios é imprópria. Os Correios, naquilo que diz respeito à sua atividade primordial, não concorrem com pessoa jurídica alguma.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu disse isso. Eu fiz referência aqui. Há um monopólio. Mas é a questão do objeto. E a entrega de carta é muito mais essencial?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: É uma atividade estatal típica. Aqui, não! A Eletronorte concorre com empresas privadas. Eu disse no meu voto que da energia que ela produz no Norte e Nordeste ela consome 25 e 21%, o resto ela explora. Na própria Região Norte há dezessete empresas que operam no mesmo setor. O que é isso, se não exercício de atividade econômica concorrencial?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É que a atividade não pode ser econômica, porque ela é própria da União. Sendo da União, não é da iniciativa privada.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O que é possível, o que especulo, é que esses estatutos dela não estejam atualizados com a normatização que ocorreu em meados dos anos noventa. Isso é possível, mas que é uma empresa que atua em igualdade de condições com outras empresas privadas, não tenho a menor dúvida.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, vou pedir vênia também ao ministro relator, mas acompanho a divergência.

Vou juntar um voto que não é muito longo, mas apenas reiterando o que já foi dito aqui, acho que a continuidade do serviço, que é o ponto fundamental e o que mais me chamou a atenção no voto do eminente ministro Ayres Britto, de que não se poderia, portanto, aplicar àquele regime exatamente em virtude desta qualidade que é própria do serviço, que é a sua continuidade.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não é atividade econômica; não se trata de atividade econômica.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Chega-me a informação de que distribui lucros, ministra, aos empregados e aos acionistas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu nem discuto isso, porque mesmo a empresa prestadora de serviço público, eventualmente, pode, sim, ter de se submeter ao regime, quando se tratar, como neste caso aqui, de precatórios. Acho que as coisas não são incompatíveis. Acho, também, que há uma mudança, hoje – hoje, não, mas na última década –, muito significativa sobre a natureza da empresa e a natureza do serviço, até porque temos, como, aliás, abre ensejos a que se faça referência, alerta o ministro Dias Toffoli, ou seja, temos empresas que são prestadoras de serviço com monopólio. Temos empresas que são prestadoras de serviços e também de atividade econômica. No Brasil, nós já tivemos autarquia bancária, então, realmente nós não podemos confundir a natureza da entidade com a natureza do serviço prestado. Acho que realmente não está havendo essa confusão, aqui, apenas ressalvo isso para chegar à conclusão – como cheguei no meu voto – de que neste caso não me parece que a atividade prestada fique comprometida, o serviço prestado fique comprometido, por ela se submeter a esse regime, até porque, realmente, ela concorre com outras prestando serviços. E a circunstância de ser um serviço público, hoje, muitas vezes, ou por delegação, como Vossa Excelência afirma em seu voto, ou mesmo por regime de concessão, ou, neste processo, que tivemos na década de noventa, de transferência de atividades que são caracterizadas como serviço público para entidades privadas, não fazem com que essas entidades se submetam a esse regime.

Portanto, peço vênia ao ministro relator pelo seu brilhantíssimo voto, mas acompanho a divergência.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas, para não deixar passar em branco, eu vou insistir, há uma – há duas – atividades desempenhadas pela Eletrobras que não têm competitividade. Aliás, falar em competição, para mim, já é tecnicamente inadequado, *data venia* – aqui estou lendo a lei –, a Lei 5.824, de 14 de novembro de 1972, que criou a empresa. Compete à Eletronorte coordenar o programa de energia elétrica na região amazônica – isso faz com exclusividade –, bem como construir e operar centrais elétricas – também faz com exclusividade – e sistemas de transmissão nessa região.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Tenho para mim que, inclusive, ministro, nós já tivemos uma mudança muito significativa, no que se refere tanto à construção de hidrelétricas quanto à prestação do serviço de energia elétrica. Basta ver que quando ela foi criada coordenava isso, não havia as agências reguladoras, não havia o sistema de controle que hoje é no Brasil inteiro, não havia a interligação que hoje se tem, o operador do sistema que realmente faz essa coordenação e controle, até porque a prestação hoje já não tem mais o modelo de antigamente.

Hoje, nós já temos quase 40%, por exemplo, do serviço de energia elétrica, no Brasil, prestado por Furnas, e precisa de interligações que são coordenadas –

estou citando Furnas apenas porque conheço esse sistema. Mas, no caso da Eletronorte, que é numa outra região, portanto, estou dizendo que quando ela foi criada, ela tinha um modelo, e era um modelo de Estado que já mudou; não mudou a natureza do serviço que a Constituição diz que é serviço público e é essencial.

Eu só acho que o deslinde da causa não passa exclusivamente por isso, daí por que peço vênia, mas – claro – não apenas respeitando como admirando os argumentos de Vossa Excelência.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): A recíproca é verdadeira!

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, tenho a impressão de que o próprio debate mostra que talvez estejamos carentes de uma definição institucional acerca do tema, porque já foi apontado que há uma certa mistura, um *mixtum compositum*, aqui, de atividades econômicas que podem ser exercidas por autarquias e de serviços públicos, em linhas gerais, que podem ser exercidos por empresas públicas e até por sociedades de economia mista. Então me parece que essa questão se põe. E, se formos nos ater ao exame da atividade de cada empresa, vamos perceber que esse coquetel, essa mistura se revela presente. Muitas vezes a empresa tem parte de suas atividades na linha da chamada atividade concorrencial e atividades que são similares às atividades típicas do Estado. E aqui se vê bem isso, que há atividades que são até reguladoras do regime do serviço público, no que diz respeito tanto à Eletrobras quanto à Eletronorte.

Mesmo nas atividades chamadas monopolísticas – esse foi o objeto do debate sobre os Correios e Telégrafos –, nós tivemos essa perplexidade, porque vimos algumas atividades exercidas pelos Correios que eram compartilháveis – e deveriam ser compartilhadas – com as atividades privadas, mas a lei estabelecia *in genere* um plexo de monopólio muito mais amplo.

Então não me parece que a nossa atividade vai ser exitosa se nós embrenharmos pela tentativa de definir precisamente se a empresa presta exclusivamente serviço público *stricto sensu* ou não. Não me parece que venhamos a ter êxito se simplesmente nos fixarmos nisso.

Por outro lado, parece-me que o debate revela um preconceito, que é o preconceito com o precatório. Porque, a rigor, não há nada de anormal – digamos assim – em se pedir, eventualmente, para as atividades ligadas ao Estado, o pagamento mediante precatório, desde que haja pagamento. É que nós estamos acostumados a que o pagamento não se faça.

Eu me lembro de que na União – fui advogado-geral da União –, em princípio, a não ser naquelas autarquias em que havia uma desordem administrativa, não havia atraso nos precatórios. Tanto é que todas essas emendas e todas essas reivindicações que se fazem se aplicam aos Estados e Municípios. Então o que pode acontecer de anormal na exigência do pagamento do precatório? É que haverá um orçamento, haverá um pedido de pagamento, que vai se fazer

até junho e julho, e vai haver a inclusão nesse orçamento para pagamento no exercício financeiro seguinte. Tão somente isso. Mas, como há essa névoa de suspicácia, de suspeita, de negatividade em torno dos precatórios, por conta da experiência, que é real, que é efetiva, não no plano dessas empresas públicas federais – que elas todas são adimplentes, solváveis, solventes, não têm nenhum problema –, não no plano da União, que tem uma organização financeira digna de nota, mas na experiência dos Estados. Agora, isso contaminou toda a ideologia e a concepção acerca dos precatórios. Parece-me que isso acaba contaminando, também, a leitura sobre o tema.

Então, parece-me que, embora a questão mereça a atenção, talvez em algum momento um código administrativo, alguma pretensão de consolidação devesse tentar ordenar esse quadro que às vezes é caótico, tanto é que a doutrina se perde na definição com os contraexemplos. A toda hora, nós dizemos: a empresa pública deve ter tal perfil. E, aí, alguém consegue dar um exemplo de uma empresa pública que exerce uma outra atividade; a sociedade de economia mista deve atuar com tais e quais limites. E nós encontramos sociedades de economias mistas que são verdadeiras autarquias ou exercem atividades quase que públicas típicas. Às vezes são sociedades anônimas apenas para cumprir – como nós vimos aqui num debate, não faz muito, creio que relativo a hospital do Rio Grande do Sul, hospitais que foram desapropriados e deixaram-se lá duas ou três ações –, apenas para manter a aparência de uma sociedade anônima. Uma falsa sociedade anônima por quê? Porque o que se busca aqui é uma certa flexibilidade no processo organizacional administrativo.

Feitas essas considerações – e já acompanhei em outros momentos premissas idênticas àquelas lançadas pelo ministro Ayres Britto –, eu não tenho, embora perceba uma certa perplexidade no ar, elementos para seguir a orientação agora sustentada pelo ministro Joaquim Barbosa.

Parece-me que os elementos constantes dos autos ajudam a confirmar a ideia de que, aqui, nós temos, pelo menos, uma prestação de serviço público pela entidade, ainda que ela tenha também atividades econômicas, mas ela tem uma atividade reguladora do sistema, ordenadora – vamos chamar assim – do sistema, a partir do próprio modelo estatutário que lhe atribui competências fortes de poder público.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Ela devia ter nascido, na verdade, como autarquia. Impropriamente se chamou de empresa.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Como se busca a flexibilidade, a plasticidade das organizações privadas e como não se consegue somar o melhor dos mundos, acabamos por ter essas incongruências.

De modo que, fazendo essas observações, eu também vou acompanhar o voto de Vossa Excelência, ministro Ayres Britto, pedindo vênia ao ministro Joaquim Barbosa e à ministra Cármen Lúcia.

EXTRATO DA ATA

RE 599.628/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte (Advogados: Ilmar Nascimento Galvão e outros). Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S.A. (Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outros).

Decisão: Após os votos dos ministros Ayres Britto (relator) e Gilmar Mendes, dando provimento ao recurso, e os votos dos ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, negando-o, pediu vista dos autos a ministra Ellen Gracie. Ausente, neste julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do ministro Cezar Peluso.

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

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

VOTO-VISTA

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Eletronorte, sociedade de economia mista, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que lhe negou o direito à satisfação de dívida civil mediante prévia inclusão em precatório.

Os ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes proferiram votos pelo provimento do recurso, enquanto os ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia negaram-lhe provimento.

Solicitei vista em dezembro passado para melhor analisar o feito e ora trago o processo para prosseguirmos no julgamento.

2. O Título VII da Constituição, que cuida "Da Ordem Econômica e Financeira", em seus artigos iniciais, voltados aos princípios gerais da atividade econômica, determina que seja observada a livre concorrência (art. 170, V).

A Constituição não veda ao Estado a exploração direta de atividade econômica, mas a reserva para situações excepcionais, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173).

Para tanto, o Estado pode criar empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou seja, pessoas jurídicas com capital totalmente público ou com capital misto, neste caso sob o controle do poder público.

3. A atuação do Estado, por meio dessas pessoas com personalidade jurídica própria e forma societária, implica a conjugação do regime de direito privado com traços do regime público.

Daí por que os §§ 1º e 2º do art. 173 da Constituição ocupam-se em detalhar esse caráter híbrido, buscando um equilíbrio entre a flexibilidade e o dinamismo

próprios do mercado e da livre iniciativa, de um lado, e a impessoalidade e indisponibilidade do interesse público, característicos da administração, de outro.

O art. 173, § 1º, II, da Constituição submete tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Como se não fosse suficiente, seu § 2º reforça tal norma dispondo expressamente que: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado."

A previsão constitucional, portanto, é que as sociedades de economia mista atuam sob regime de direito privado. Desse modo, quer no âmbito civil, comercial, trabalhista ou tributário, obrigam-se e respondem tal qual as demais pessoas jurídicas de direito privado.

4. Já o art. 100 da Constituição, que cuida dos pagamentos por precatório, não é dirigido às sociedades de economia mista. Do seu *caput*, com a redação da EC 62/2009, resta claro que diz respeito aos pagamentos devidos "pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária":

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Nos termos dos seus §§ 3º e 4º, as obrigações de pequeno valor são excepcionadas, podendo as leis próprias estabelecerem patamar próprio para cada entidade "de direito público".

Efetivamente, o conceito de Fazenda Pública abrange os entes políticos, suas autarquias e fundações públicas, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público. Não mais do que isso.

5. Este Tribunal tem verificado, contudo, que em alguns casos a adoção da forma jurídica de empresa pública ou de sociedade de economia mista não corresponde exatamente ao papel e ao âmbito de atuação de tais pessoas. Isso quando permanecem dependentes do poder público e atuando em áreas sob regime de monopólio ou na satisfação de direitos fundamentais, sem finalidade de lucro, como se fossem extensões da própria administração direta. Nesses casos, temos equiparado tais pessoas jurídicas de direito privado aos entes de direito público para alguns fins, de modo a preservar o serviço prestado.

Assim é que se tem reconhecido à Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), embora pessoa jurídica de direito privado, alguns privilégios próprios do poder público, como imunidade tributária e pagamento das suas condenações judiciais mediante precatório. Isso só foi concedido por esta Corte em razão de que tal empresa pública não atua propriamente no mercado, exercendo, isto sim, serviço sob monopólio da União. No RE 485.000, destaquei o entendimento do

Tribunal no sentido de que: "Se não houver concorrência – 'existindo monopólio, CF, art. 177' –, não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. É que (...) o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares. Se houver monopólio, não há concorrência; não havendo concorrência, desaparece a finalidade do disposto no § 1º do art. 173".

Também já se reconheceu ao Grupo Hospitalar Conceição, que é formalmente uma sociedade de economia mista, imunidade tributária a impostos (RE 580.264). Mas isso porque se trata de pessoa jurídica cujo capital pertence em mais de 99% à União e que presta atendimento médico e hospitalar exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde. Ou seja, porque, embora tenha a forma de sociedade de economia mista, materialmente não o é, atuando como *longa manus* da administração direta em benefício exclusivo da comunidade, sem disputa de mercado e sem qualquer finalidade de lucro.

De qualquer modo, tais decisões sempre assumiram caráter excepcional e tiveram como pressuposto a particular conformação de determinadas empresas públicas ou sociedades de economia mista que não estavam desenvolvendo atividade econômica em regime de mercado, mas dedicando-se, isto sim, exclusivamente à prestação de serviço público.

6. Nos presentes autos, temos uma sociedade de economia mista do setor elétrico, que não apenas não está sob regime de monopólio jurídico como tem vivido um crescente incentivo à competitividade.

Conforme bem destacado nos memoriais da recorrida, há quinze anos que se passou a substituir o modelo vertical de monopólio do governo federal pelo regime de ampla competição no setor elétrico. O Estado está presente em diversas esferas, como na regulação, no planejamento e no fomento. Também está presente na própria prestação da atividade, mas por meio de estatais que atuam lado a lado com empresas privadas. Já não se tem, pois, um regime de serviço público, mas uma atividade de interesse coletivo exercida sob regime de direito privado, ainda que mediante intensa regulação.

A recorrida bem destacou que a Eletronorte tem participado, em igualdade de condições, dos leilões relativos à geração e transmissão de energia elétrica promovidos pela Aneel, inclusive em consórcio com empresas privadas. Isso já demonstra, suficientemente, que se trata de empresa que desenvolve atividade econômica, sim, em ambiente competitivo aberto à iniciativa privada.

Foi, aliás, o que destacou a Procuradoria-Geral da República em seu parecer contrário ao acolhimento do recurso: trata-se de sociedade de economia mista que atua em atividade não sujeita a monopólio, mas, isto sim, ao regime concorrencial, de modo que os pagamentos por precatório contrariariam o art. 100 da CF, afeto à Fazenda Pública, e não às empresas privadas. Frisou, ainda, citando parecer anterior, que "apenas os bens diretamente afetados à prestação desse serviço têm proteção especial, não podendo ser penhorados, como decorrência do princípio da continuidade do serviço público" (fl. 494 dos autos).

Também a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como *amicus curiae*, foi no sentido de que não há suporte constitucional para assegurar

o privilégio do precatório para sociedade de economia mista que disputa mercado, inclusive o acionário, com obtenção de lucros apropriados pelos acionistas, não admitindo a Constituição que se beneficiem de regime tributário e obrigacional diferenciado em relação às demais empresas privadas (fl. 518 dos autos).

Efetivamente, não se trata de uma sociedade anônima apenas na forma. Ela o é de direito e de fato e, portanto, deve submeter-se, às inteiras, ao regime jurídico obrigacional que lhe é próprio.

7. É relevante ter em conta que não estamos sequer analisando a constitucionalidade de lei que viesse a submeter a recorrente ao regime de precatórios. O que estamos analisando é se há para tal sociedade de economia mista direito constitucional a satisfazer suas obrigações decorrentes de condenação judicial pela via do precatório. E, isso, indubitavelmente, não há, seja porque a Constituição expressamente submeteu tais sociedades ao regime de direito privado relativamente às suas obrigações (art. 173, § 1º), porque estabeleceu o regime de precatório tão somente para as dívidas da Fazenda Pública (art. 170) ou, acrescente-se ainda, porque, ao cuidar do orçamento, trata do orçamento fiscal, do orçamento da seguridade social e do orçamento de investimentos – tão somente – das estatais (art. 165, § 5º).

Nada se pode extrair diretamente do texto constitucional no sentido de que as dívidas das sociedades de economia mista típicas devessem constar do orçamento público e terem seus pagamentos efetuados por precatório.

8. As preocupações quanto à continuidade dos serviços públicos, sobre não se apresentarem de fato com a relevância pressuposta, porquanto o acesso aos serviços de energia na região Norte não dependem com exclusividade da Eletronorte, têm outro encaminhamento que é o reconhecimento da impenhorabilidade dos bens que eventualmente venham a ser considerados indispensáveis. Ademais, há notícia nos autos de que o montante devido encontra-se penhorado desde fevereiro de 2008 e que há provisionamento suficiente de valores para o pagamento dos débitos judiciais, inclusive o crédito da recorrida.

9. Daí por que tenho que o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios bem decidiu a questão:

> *Agravo de instrumento. Processo civil. Princípio da celeridade. Art. 5º, LXXVIII, CF/88. Sociedade de economia mista. Regime de execução comum das empresas privadas. Inaplicabilidade do regime de precatórios.*
>
> 1. Não se aplica o regime de execução dos precatórios às sociedades de economia mista, visto que possuem personalidade jurídica de direito privado.
>
> 2. Não se confunde regime de execução (regime comum das empresas privadas ou regime de precatórios afeto à Fazenda Pública), com a impossibilidade de penhora de bens que comprometam o fornecimento do bem público.

10. Ante todo o exposto, acompanho a divergência iniciada pelo ministro Joaquim Barbosa e **nego provimento** ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, à semelhança do que aqui já foi exposto pela ministra Ellen Gracie, eu também reconheço que a Eletronorte é uma sociedade de economia mista que atua no mercado através de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação, exportação de energia elétrica, não figurando o monopólio, de sorte que não se aplica aquele regime que a Suprema Corte estendeu à Empresa de Correios e Telégrafos. Como, na verdade, ela atua em verdadeira atividade concorrencial, estou aqui até transcrevendo o voto do ministro Joaquim Barbosa para acompanhá-lo na sua essência. Destaco que:

Acaso fosse estabelecido para essas sociedades que disputam o mercado inclusive o acionário com obtenção de lucro, o regime de precatórios para pagamentos de dívidas afeta a Fazenda Pública, estaria se oferecendo um privilégio de que não desfrutam as demais empresas privadas, desequilibrando demasiadamente as condições de concorrência.

Por outro lado, não está nem previsto, como destacou a ministra Ellen Gracie, na Constituição Federal.

Com efeito, a qualidade de prestadora de serviço público da alçada da União, ostentada pela recorrente, tem o condão de acarretar apenas – e, nesse mesmo sentido, acho que tem que ficar consignado isso no acórdão – a impossibilidade de penhora dos bens que são afetados diretamente à prestação desses serviços que têm natureza pública, porquanto eles atendem ao interesse de toda a coletividade. E, na realidade, a afetação desses bens, inclusive, encontra uma proteção legal específica.

Então, salvante esse aspecto da impenhorabilidade desses bens, eu também estou – não sei em que sentido, se acompanhando ou não acompanhando, porque eu estou votando pela primeira vez – negando provimento ao recurso extraordinário.

DEBATE

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, eu só quero lembrar que o serviço de geração e distribuição de energia elétrica é pré-excluído do mercado porque é serviço público, não é atividade econômica.

Quando empresa do setor privado atua nessa área, o faz por concessão ou permissão do poder público, mas o serviço, em si – está aqui no inciso XII, *b*, do art. 21 da Constituição – é serviço público típico, no caso, prestado por uma sociedade de economia mista, mas é que é pessoa privada, essa sociedade de economia mista, apenas formalmente porque, materialmente, ela faz parte do setor público e o seu capital é detido em 99,07% pelo setor estatal.

O sr. ministro Luiz Fux: De qualquer maneira, ela é atividade concorrencial e, se fosse deferido esse benefício...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É o que eu estou dizendo: não é concorrencial. A iniciativa privada não tem serviço público de energia para oferecer

ao poder público. É o poder público que tem serviço de geração e transmissão de energia para oferecer à iniciativa privada.

A sra. ministra Ellen Gracie: Mas também há geração por particulares, ministro Carlos Britto. E, atualmente, existe até uma bolsa de venda e compra de energia futura.

O sr. ministro Luiz Fux: E, sem prejuízo, ela atua no mercado de balcão, ela tem lucro.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É o que diz a Constituição: os serviços e instalações de energia elétrica são serviços públicos típicos de senhorio da União, ou seja, de senhorio ou titularidade exclusiva da União. O que cabe à iniciativa privada, por delegação ou permissão, é atuar como prestadora desse serviço, mas a titularidade ou senhorio é da União, porque o serviço é público.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas, nessa qualidade, ela se equipara às empresas privadas que atuam nesse mesmo mercado. Ela compete com essas empresas privadas.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): É isso o que eu estou dizendo: quando o serviço é público, ele é pré-excluído do regime de competição, porque não é atividade econômica.

Agora, quando o poder público organiza uma empresa estatal para explorar atividade econômica, aí, sim, se nivela com os particulares, mas, aqui, não. É o setor público explorando o serviço público típico, de senhorio exclusivo da União.

VOTO

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

Eu tenho aqui um quadro, que é muito revelador, da composição acionária da Eletronorte. Inicialmente eu verifico que se trata de uma empresa jurídica de direito privado que se submete ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Ela atua no regime de livre concorrência e visa ao lucro.

Interessantemente, parte do capital social da Eletronorte é de propriedade da Eletrobras, sendo o restante detido por particulares. Por sua vez, a União detém apenas 41,56% de participação acionária na Eletrobras.

Da composição social da Eletrobras, participam acionistas privados, em percentual de quase 40%. Aliás, a Eletrobras é sociedade de economia mista de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, Madri e Nova Iorque, sendo que suas ações preferenciais, em percentual de mais de 80%, encontram-se em mãos privadas.

Portanto, a Eletrobras detém capital da Eletronorte, parte dela, e a Eletrobras, por sua vez, tem ações negociadas em bolsas, inclusive de outros países, em mãos privadas.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): A Eletrobras?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: A Eletrobras.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Porque a Eletronorte é de capital fechado, totalmente fechado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim, mas ela pertence à Eletrobras, que por sua vez tem acionistas privados e tem ações negociadas na bolsa. Portanto, a Eletronorte é aquilo que se chama de sociedade de economia mista de segunda linha, controlada por uma sociedade de economia mista de primeira linha, que é a Eletrobras.

Outro aspecto que me chama a atenção é que o estatuto da Eletronorte, em seu art. 36, prevê inclusive a distribuição de lucros a seus empregados. Portanto, é uma empresa privada que visa ao lucro, que inclusive distribui esse lucro, ou há pelo menos previsão de distribuição do lucro, aos seus empregados.

Portanto, com a devida vênia, eu acompanho a divergência, e agora muito bem elucidada pelo belo voto da ministra Ellen Gracie, negando provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a brecha foi aberta quando o Tribunal acabou por excepcionar o que se contém no art. 100 da Constituição Federal e assentar que a Empresa de Correios e Telégrafos – empresa pública, pessoa jurídica de direito privado – teria jus à satisfação dos débitos mediante o que, para os credores, de modo geral, consubstancia uma famigerada forma de execução, que é a execução mediante precatório.

O que ocorre em última análise? O devedor comum, após citado, dispõe de 24 horas para satisfazer o débito constante de título judicial, ou indicar bens à penhora e vir a embargar a própria execução. O Estado conta com 18 meses, contrapondo-se a essas 24 horas, para essa mesma satisfação. E verificamos que se adentrou círculo vicioso no País – não me refiro à União propriamente dita, mas a Estados e a Municípios –, quanto a se postergar para as calendas gregas a liquidação do débito.

O que nos vem da Carta Federal, mais precisamente do art. 100? Que o sistema de execução, via precatório, está restrito à Fazenda Pública, reporto-me à federal, estadual, distrital e municipal.

Os parágrafos que se seguem à cabeça do artigo versam referências à entidade de direito público, versam referência a orçamento, orçamento a que está submetida a própria entidade de direito público. No caso, defrontamo-nos com pretensão que, a meu ver, com a devida vênia do ministro Carlos Ayres Britto, do ministro Dias Toffoli, do ministro Gilmar Mendes, não se coaduna com o que previsto na Constituição da República. O art. 100 não pode ser interpretado e aplicado de modo a haver pessoas jurídicas de direito privado beneficiadas pelo

que nele se contém. É a recorrente sociedade anônima, pessoa jurídica, portanto, de direito privado, não se valendo de orçamento.

Conheço, presidente, o instituto da despersonalização, mas para atribuir responsabilidade e não para se mitigar responsabilidade. Precisamos pensar não apenas nessa sociedade de economia mista, que tem participação majoritária federal, mas também em outras sociedades de economia mista que se situam no âmbito dos Estados e dos Municípios.

Por isso, convencido de que nem mesmo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pode gozar desse privilégio – e todo privilégio é odioso, vamos falar em prerrogativa –, assento que não cabe, sob pena de transgressão aos arts. 100 e 173, § 1º, da Constituição Federal, no que submete empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, concluir pela prerrogativa de satisfazer débito, repito, constante de título judicial a encerrar obrigação de dar, mediante o sistema que projeta, e projeta em muito, o prazo para liquidação, que é o sistema de precatório.

Peço vênia para acompanhar a divergência iniciada pelo ministro Joaquim Barbosa, desprovendo o recurso.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, gostaria de fazer uma observação, na linha do que já falou o ministro Britto, para rememorar o que nós discutimos na outra assentada, quando iniciamos o julgamento desta matéria.

A forma, aqui, como temos apreendido nos vários casos – já foi citado inclusive o Hospital Conceição de Porto Alegre – é traiçoeira, é enganosa. Tivemos também esse embate na célebre arguição de descumprimento de preceito fundamental da relatoria do ministro Marco Aurélio sobre a Empresa de Correios e Telégrafos. Aqui, inclusive, temos até desdobramentos postos em outras ações, porque temos realmente uma situação excepcional. Se nós formos seguir a ortodoxia do direito administrativo, muito provavelmente as Empresas de Correios e Telégrafos não seriam empresas, mas autarquias, porque se falaria num serviço, pelo menos tudo aquilo que está associado ao modelo do chamado monopólio postal. Mas nós sabemos também, e vimos isso quando essa questão foi discutida, que essa própria empresa exerce outras atividades, em regime concorrencial, num modelo, vamos chamar assim, de subsídio cruzado. Ela haure vantagens no sistema de mercado geral, dentro de limites, para poder sustentar a sua atividade primacial.

Então me parece que temos de ter bastante cuidado para não ficarmos reféns dessas formas. E vamos, certamente, encontrar, seja no plano federal, seja no plano estadual e também no plano municipal, essa rebeldia dos formatos jurídicos: empresas públicas que prestam serviço público *stricto sensu* e modelos que avançam e que fazem todas essas interconexões e esses cruzamentos. De

modo que a dogmática estrita acaba nos levando para embaraços que precisam ser devidamente contemplados, para não falar dessas formas híbridas que surgem no sistema.

Um notável jurista moderno, Gunther Teubner, que fala da autopoiese, mostra muito bem isso, quer dizer, a relativização dessas várias formas em todos os sistemas. E o Brasil é um grande laboratório a partir dessas experiências. De modo que é preciso moderação quando discutimos isso a partir de um formato legal, como se nós tivéssemos uma precisão para dizer: – Ah! De fato, esta é uma atividade típica de mercado e, por isso, é de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista. Para não falar nos entrecruzamentos que ocorrem nesse tipo de serviços, principalmente de serviços tão relevantes, como o de que estamos a falar – e mostrou bem o relator quando trouxe considerações sobre a tal essencialidade de serviços como o de eletricidade.

Então, é preciso ter cautela em relação a isso. Mas também não me impressionam características específicas, inclusive, por exemplo, a possibilidade de distribuição de lucros para empregados como forma de incentivo. Nós estamos a ver, hoje, modelos de produtividade, exercido até no serviço público *stricto sensu*.

A sra. ministra Ellen Gracie: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Agora, Minas Gerais, na vanguarda, acaba de liderar um processo de incentivo aos servidores, que poderia se chamar um prêmio em produtividade, que poderia corresponder a isso.

Portanto, quem trabalha com metas, nós começamos a discussão recente – estamos em meio a essa discussão e vimos dois belíssimos votos, o do ministro Britto e o do ministro Fux – a propósito das organizações sociais. E vimos também que são formatos muito plásticos, em que são entidades privadas que exercem atividades públicas, num regime especial de gestão, com contrato de gestão, e submetidas a um modelo de controle mediante cumprimento de metas.

Vejam que, a rigor, nós temos aqui que fazer essas considerações.

A sra. ministra Ellen Gracie: Ministro Gilmar, eu acho que o discrímen básico é a existência ou não de um regime concorrencial. E pareceu-me demonstrado nestes autos que esse regime concorrencial existe. A Eletronorte não é a única fornecedora que pode servir à Região Norte.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas é a única que coordena toda a Região Norte. Ela é coordenadora do sistema de geração de toda.

O sr. ministro Gilmar Mendes: (Cancelado)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: No caso, aí, há um feixe de outros fatores, nesse caso da Eletronorte. Trata-se de uma empresa controlada por uma outra empresa pública que, por sua vez, é detida pelo Estado brasileiro somente à ordem de 40%, empresa essa que é cotada em bolsa em Nova Iorque, ou seja, os contribuintes americanos recebem dividendos dessa empresa. É inimaginável! Impensável!

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Da controladora.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Da controladora! Por receberem da controladora, eles recebem dos lucros produzidos pela controlada!

A sra. ministra Cármen Lúcia: Isso que o ministro Lewandowski chamou a atenção para a questão dos dividendos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Claro! Em detrimento dos credores que ficariam, em tese...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas o ministro Gilmar Mendes lembrou que, na prática, há uma interpenetração de modelos. A Eletronorte foi criada em 1973, por um decreto. Ela é uma verdadeira autarquia, com o nome de economia mista.

A sra. ministra Ellen Gracie: Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite, e o ministro Britto também, a garantia constitucional de pagamento, mediante a sistemática de precatórios, não está estendida às empresas de economia mista. Isso é fato. Todos nós aceitamos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Claro.

A sra. ministra Ellen Gracie: As exceções foram criadas por jurisprudência desta Casa, em hipóteses em que tais empresas, supostamente de economia mista, de fato eram inteiramente detidas pelo poder público e direcionadas exclusivamente ao serviço público. Então a discussão aqui parece que está invertida. Nós não estamos discutindo algo inserido na Constituição que esse tipo de empresa tenha garantido.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Nós temos um punhado de exceções. Aliás, senhor presidente, está hoje na pauta um caso meu relacionado à ECT. É também um caso excepcional.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, então vou ao último ponto que é a questão dos precatórios. Também aqui me parece que há uma mística negativa – e nós estamos a falar do pagamento de precatórios no plano federal –, claro, em razão de fatores que nós não vamos agora explicitar. Vamos lembrar que o precatório – ministro Celso sempre destaca – foi concebido e, no plano da União, afora um ou outro caso de desorganização, de fato há respeito, já há muitos anos, à ordem dos precatórios, ao pagamento dos precatórios.

A sra. ministra Ellen Gracie: Mas não é um pagamento imediato, não é, ministro Gilmar?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não é um pagamento imediato e nós sabemos bem que instituições que lidam com uma massa enorme de recursos e que trabalham com orçamento têm dificuldade de fazer esse cumprimento de imediato. Agora é um pagamento previsível. No plano da União, sabemos bem disto, quer dizer, há uma ordem estabelecida.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Escalonado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Escalonada, mediante mecanismos que tornam muito difícil pensar-se num outro modelo. É lamentável que tenha ocorrido

esse quadro de desmando, que está associado também à nossa fase pré-Plano Real, nossa fase inflacionária, e que levou àquele quadro de ilusão.

Inicialmente – todos sabem – o que havia? Simulava-se que se pagava e se faziam correções, havia um tipo de pensão perpétua para receber o precatório. Quando houve o congelamento da situação via estabilidade financeira, verificou-se que a conta superava em muito a capacidade de pagamento dos Estados e Municípios. E, a partir daí, nós tivemos aquilo que se diz, em bom alemão, *eine groβe konfusion*, uma grande confusão, porque uma anarquia, um quadro de perda de parâmetros, em que os credores de fato acabam perdendo sempre. Por quê? Eles têm crédito, mas eles não têm influência política, por exemplo, para fazer as transações e as negociações.

A sra. ministra Ellen Gracie: Para isso a execução judicial. Atualmente é a execução judicial. É o que se pretende nestes autos. E se Vossa Excelência me permite, esse caso não é um bom exemplo para a excelente dissertação de Vossa Excelência, porque, como cuidei de frisar no meu voto, já há provisionamento não apenas da quantia referente ao crédito da recorrente, mas também de outros créditos, ou seja, de outros passivos da Eletronorte, no caso.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu mesmo determinei o provisionamento.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministra Ellen, mas é que, como o relator tinha destacado, estamos a discutir de fato um modelo institucional. A pergunta básica que estamos a fazer é: eventualmente, dentro desses marcos, e tendo em vista as características dessa empresa, é possível adotar-se o regime de precatórios? É disso que nós estamos a falar.

A sra. ministra Ellen Gracie: Em tese, sim.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nós não estamos a discutir a solvabilidade da empresa, até porque isso não está em discussão.

A sra. ministra Ellen Gracie: Não, em tese, sim, ministro Gilmar. Por isso nós excetuamos a ECT e por isso nós excetuamos o Hospital Conceição. Mas eu não verifico as mesmas circunstâncias que justificaram aquelas exceções no caso presente.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, mas, então, estou a dizer quanto ao modelo. Na verdade, nós temos entidades, e este é o grave problema nesse tipo de situação em que a fórmula jurídica não responde a essas várias indagações, nós temos, de fato, uma empresa – demonstrou isso, inclusive pela sua preexistência institucional – que cumpre uma função reguladora de todo o sistema de prestação, de distribuição de energia.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): De toda uma região, com nove Estados.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Que não é atividade, obviamente, de uma empresa que está no mercado. Por isso, parece-me consistente a posição, só gostaria de ressaltar. E, para mostrar que esses argumentos de que, eventualmente, nós lançamos mão sobre a característica desta ou daquela empresa, também podem, exatamente, ser utilizados em sentido contrário, não é? Mostrando que

o núcleo da atividade dessa empresa é de regulação. Na verdade, ela é um órgão regulador da atividade com o nome de empresa.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeitamente. É uma autarquia em substância.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas, ministro Gilmar, uma coisa que também me preocupa é que se nós caracterizarmos esta empresa como uma empresa que tem os privilégios da Fazenda Pública, no tocante a precatórios, também temos que reconhecer que, no tocante ao art. 118 do Código de Processo Civil, quadra em dobro ou em quádruplo para recorrer, também cabe aplicar-se a ela. Porque se ela tem essa natureza.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não, são questões que nós vamos ter que decidir. A cada dia e a cada momento sua agonia.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: São privilégios. Sim.

O sr. ministro Luiz Fux: Só para tirar uma dúvida, como fui instado a votar logo depois do voto-vista, eu tinha a anotação de que o ministro Gilmar Mendes já tinha votado, negando provimento.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele já votou. Só está reforçando o voto.

O sr. ministro Luiz Fux: Ah, bom.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Apenas, Vossa Excelência está dizendo tão somente para chamar a atenção que decisões como essa podem tocar realidades que são completamente diferentes.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Completamente diferentes. Não basta apenas a forma jurídica. Até porque nós vamos encontrar incongruências, as mais diversas, em todo o sistema: no plano da União, no plano dos estados e no plano das próprias municipalidades.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É porque nós estamos em uma fase de mudança de modelos mesmo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Talvez o tema demandasse, mesmo, uma reordenação, porque, de fato, nós estamos vivendo incongruências várias. Veja Vossa Excelência, ministro Lewandowski, por exemplo, agora tem vista daquele processo em que nós estamos discutindo a questão das regiões metropolitanas. E, veja, as soluções ali, segundo os debates que nós estamos travando, são as mais variadas. Cada voto, de alguma forma, indica até aqui uma solução. E, a rigor, vamos desde as posições mais tradicionais e ortodoxas até posições verdadeiramente heterodoxas nessa matéria, não é? O próprio serviço público associado hoje a ela. E, amanhã, concebemos que haja uma empresa que coordene esses serviços do trabalho, ou uma agência reguladora, ou uma agência reguladora com o nome de empresa. E ela não estaria, de fato, a exercer uma coordenação de serviço público?

A sra. ministra Ellen Gracie: Aí ela não objetivaria lucro.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Só para terminar, senhor presidente, o principal objetivo da empresa eu coloquei no meu voto:

> (...) coordenar o programa de energia elétrica na região amazônica bem como construir e operar centrais elétricas e sistemas de transmissão nessa região.

Quer dizer, isso é típico de uma autarquia, mas com nome de empresa.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou pedir vênia ao eminente relator e aos votos que o seguiram, para acompanhar a dissidência.

Não vou repetir os argumentos já usados por todos os votos dissidentes. Vou limitar-me a anotar que o regime de precatório é regime excepcional e que, como excepcional, só pode ser alargado, analogicamente, em casos estritos, que não me parece correspondam ao da hipótese, em que não há nenhum risco próximo ao patrimônio público de empresa que, não obstante os lucros, não paga a dívida há mais de década.

Eu nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 599.628/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte (Advogados: Ilmar Nascimento Galvão e outros). Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S.A. (Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, contra os votos dos ministros Ayres Britto (relator), Gilmar Mendes e Dias Tofolli, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o ministro Joaquim Barbosa. Ausente, neste julgamento, o ministro Celso de Mello.

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

Brasília, 25 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 626.358 — MG

Relator: O sr. ministro presidente

Agravante: Fiat Auto Trading S.A. — Agravado: Ezequiel Dutra de Oliveira

Recurso. Extraordinário. Prazo. Cômputo. Intercorrência de causa legal de prorrogação. Termo final diferido. Suspensão legal do expediente forense no juízo de origem. Interposição do recurso no termo prorrogado. Prova da causa de prorrogação só juntada em agravo regimental. Admissibilidade. Presunção de boa-fé do recorrente. Tempestividade reconhecida. Mudança de entendimento do Plenário da Corte. Agravo regimental provido. Voto vencido. Pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de 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 maioria e nos termos do voto do relator, em dar provimento ao agravo regimental, contra o voto do ministro Celso de Mello. Ausentes, neste julgamento, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Brasília, 22 de março de 2012 — Cezar Peluso, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Trata-se de agravo regimental contra decisão do teor seguinte:

> 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de origem.
> 2. Inviável o recurso.
> Publicado o acórdão (fl. 1518) em 23-11-2005, quarta-feira, o prazo para interposição de recurso extraordinário começou a correr no dia 24-11-2005, quinta-feira, e expirou em 9-12-2005, sexta-feira. O recurso somente foi protocolado no dia 12-12-2005, sem causa legal de suspensão nem interrupção do prazo. Veio, pois, a desoras.
> 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990, e 557 do CPC). [Fl. 1668.]

A parte agravante requer a reconsideração da decisão agravada, pelas razões expostas às fls. 1672-1673.

Aduz, em síntese, que, "ao assim decidir, V. Exa. relevou o fato de que, conforme a Portaria n. 1830/2005 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cópia em

anexo, no dia 9-12-2005 não houve expediente no Poder Judiciário de Minas, tendo sido prorrogados todos os prazos que se expiravam naquela data para o primeiro dia útil subsequente, isto é, 12-12-2005, data do protocolo do presente recurso".

É o sucinto relatório.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): **1**. Consistente o recurso.

O requisito extrínseco da tempestividade recursal consiste na exigência de que, para ser conhecido, o recurso seja interposto dentro do prazo peremptório estabelecido na lei, sob pena de preclusão temporal. Tal requisito, por caracterizar matéria de ordem pública, deve estimado de ofício pelos órgãos jurisdicionais competentes para emissão do juízo de admissibilidade do recurso. É coisa sabida.

Como o é que, em caso de razão objetiva capaz de justificar eventual dúvida sobre o cumprimento desse requisito, incumbe ao recorrente o ônus de dar prova da tempestividade.

O objeto deste agravo regimental está em saber qual o momento processual oportuno para a produção eficaz dessa prova, quando dúvida sobre a tempestividade tenha aflorado apenas na instância *ad quem*, cujo órgão jurisdicional é competente para o juízo definitivo a respeito. É que se trata de hipótese de recurso extraordinário interposto sob aparência de perda do prazo, a juízo provisório desta Corte, que ignorava a existência, na instância *a quo*, de causa legal de prorrogação, substanciada no fechamento do foro no último dia do prazo recursal.

Tenho que a prova pode ser feita em agravo contra decisão de não conhecimento fundada na intempestividade aparente.

É que a parte interpôs o recurso extraordinário *congruo tempore*, porque, na instância local, houve, na espécie, causa legal de suspensão do prazo, cujo termo final foi prorrogado à conta da inexistência regular de expediente forense, suspenso mediante portaria do Tribunal de Justiça, nesse dia. Numa palavra, o recurso é tempestivo.

A questão, ora submetida à deliberação deste egrégio Plenário, está em que, porque o recorrente, em geral, se não preocupa, como não se preocupou a ora agravante, em dar prova da causa legal de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal, firmou esta Corte, de início, orientação de não admitir pudesse ser dada nesta instância, após decisão de não conhecimento baseada na intempestividade aparente (cf. **RE 358.232-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 11-4-2003); **AI 278.220-AgR**, rel. min. **Mauricio Corrêa**, *DJ* de 27-4-2001; **AI 371.066-AgR**, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 11-10-2002; **AI 475.377-AgR**, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 16-4-2004; **AI 457.062-AgR**, rel. min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 2-4-2004).

Mas, em hipóteses idênticas, já a Primeira Turma, em sessão realizada em 29-6-2004, decidiu **ser admissível** tal comprovação, havida por tardia segundo a

jurisprudência então assentada, da tempestividade do recurso extraordinário (**AI 322.528-AgRg**, rel. min. **Cezar Peluso**, *in RTJ* 192/327), e, em sessão de 23-5-2006, tornou a **admiti-la**, como se lhe vê claro à ementa:

> **Recurso. Extraordinário. Prazo. Cômputo. Intercorrência de feriados de carnaval. Inexistência de expediente forense no último dia do prazo recursal. Petição protocolada no dia útil imediatamente ulterior. Tempestividade reconhecida. Prova da prorrogação só juntada em agravo regimental. Irrelevância. Agravo provido para cognição do extraordinário. Votos vencidos.** Pode a parte fazer, perante o Supremo, em agravo regimental, prova da prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário, por inexistência de expediente forense do tribunal de origem, no último dia. [**RE 452.780-AgR**, rel. originário min. **Eros Grau**, rel. p/ o ac. min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 18-8-2006.]

Na ocasião, o ministro **Ayres Britto**, ao proferir voto de desempate, consignou:

> (...) incumbe exclusivamente à parte recorrente, desde o momento da interposição, todo o ônus da regular formação da peça recursal. Exige-se, então, o cumprimento do prazo recursal, a comprovação e o recolhimento do preparo, a assinatura original do causídico, a juntada tempestiva do instrumento de mandato, a legibilidade do carimbo do protocolo (no caso do agravo de instrumento), entre outros tantos requisitos formais. São exigências que decorrem do estatuto processual civil e de nossa pacífica jurisprudência.
>
> Sem embargo, o que chama a atenção no caso concreto é o fato de que o fechamento do fórum se deu não por culpa do recorrente, mas por ato do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Tribunal que, em função do feriado de carnaval, resolveu suspender o expediente nos órgãos e dependências daquela Corte nos dias 23 e 24 (segunda e terça de Carnaval), bem como no dia 25, Quarta-Feira de Cinzas (certidão de fl. 112).
>
> Presente esta moldura, entendo não ser razoável impedir que o recorrente, que não deu causa à suspensão do expediente no último dia do prazo, faça perante esta Casa de Justiça, em sede de agravo regimental, a documentada justificação da tempestividade do seu recurso.

Diante da divergência, o Plenário reafirmou o entendimento da impossibilidade da produção da prova em sede de agravo regimental (cf. **RE 536.881-AgR**, rel. min. **Eros Grau**, *DJE* de 12-12-2008).

Ressalvei, contudo, minha convicção pessoal, conforme expus em voto proferido na oportunidade, *verbis*:

> A parte, de boa-fé – pois dificilmente se pode acreditar que a parte deixe de fazê-lo por algum outro motivo –, não apresenta certidão de que, naquela data, não houve expediente forense, mas de repente é surpreendida com o julgamento de que o seu recurso é tido por intempestivo – na verdade, é disso que se trata, porque se nega eficácia à prova da tempestividade. Quando a parte se vê, então, surpreendida com juízo que, na sua boa-fé, não aguardava, parece-me justo que se lhe permita fazer prova da tempestividade. O fato incontestável é que o recurso é tempestivo.

São essas, a meu juízo, *data venia*, as curtas mas decisivas razões por que não parece conforme aos princípios fixar orientação jurisprudencial de inadmissibilidade da prova ulterior da tempestividade, descurando o fato objetivo e incontroverso de ter sido o recurso extraordinário interposto oportunamente, quando a indiscutível boa-fé do recorrente lhe não impunha o ônus excessivo de excogitar e prevenir dúvida sequer aventada pelo juízo *a quo*, competente para aferição primeira, conquanto provisória, da existência do requisito. É o que proponho à deliberação da Corte, a título de mudança radical de orientação, em homenagem também à instrumentalidade do processo.

No caso, demonstrou a agravante ter sido suspenso o expediente forense, pela **Portaria TJMG 1.830/2005**, em 9 de dezembro de 2005, sexta-feira, que seria o termo final do prazo, prorrogado, *ipso facto*, até 12 de dezembro, quando protocolou o extraordinário.

2. Diante do exposto, revendo a jurisprudência da Corte, **dou provimento ao agravo regimental**, para reconhecer tempestivo o recurso extraordinário, que deverá processar-se como de direito.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Senhores ministros, sou relator deste agravo regimental em recurso extraordinário que ressuscita velha questão aqui na Corte, e gostaria de submetê-la a uma decisão definitiva a respeito.

Trata-se da questão dos recursos extraordinários que aparentemente são intempestivos, porque chegam aqui com aparência de perda do prazo, mas que, na verdade, são tempestivos, porque, no tribunal local, ocorreu causa legal suspensiva ou interruptiva do prazo, como, por exemplo, um feriado local. Então, a parte interpõe o recurso, contando corretamente o prazo, porque, no tribunal local, houve suspensão ou interrupção do prazo – portanto, o extraordinário vem no prazo –, e o recurso sobe. Como a parte não se preocupa em fazer demonstração dessa causa interruptiva ou suspensiva, a jurisprudência da Corte fixou-se, de início, em não permitir que a parte fizesse prova posterior da tempestividade. O problema é que, na verdade, o recurso é tempestivo; o que não há, apenas, é prova *a priori* da causa no próprio extraordinário, mas a parte faz a prova em agravo: o tribunal esteve fechado naquela data, ou era um feriado local, etc.

O sr. ministro Ayres Britto: Quer dizer, o fato ocorreu.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): O fato ocorreu, e o recurso é tempestivo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, na Turma, temos enfrentado esse tema, e digo sempre que a deficiência é cartorária, porque a serventia é que devia consignar o fechamento do foro em certo dia, tendo em conta feriado local. Fica muito difícil para o Supremo, demonstrada a oportunidade do recurso, declarar intempestivo esse mesmo recurso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): A parte, no agravo, fez a prova. Estamos diante dessa prova.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Do recurso que viria para cá, não é isso? Porque, se a gente levar isso às últimas consequências, vai acontecer de alguém, por exemplo, nós já tivemos aqui um caso, em que a apelação foi considerada intempestiva por causa disso, e aí vem o recurso com o argumento de negativa de prestação jurisdicional. E, naquele caso, aqui neste Plenário, o Supremo entendeu que não; o tribunal lá é que tinha que ter resolvido naquela fase, porque, às ultimas consequências, nós vamos ficar rejulgando coisas. Aqui há: o recurso para cá era tempestivo, foi narrado isso, não foi juntado documento e não foi certificado pela secretaria. Certo?

O sr. ministro Marco Aurélio: Exato, e o simples fato de o juízo de admissibilidade primeiro admitir o recurso já sinaliza a tempestividade.

O sr. ministro Luiz Fux: E, no caso, a aplicação da regra do art. 337 é muito simples: se a parte alegar direito costumeiro, municipal ou um direito local, e o juiz não souber, ele pede para ela comprovar e ela comprova através...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): É o que tem sucedido. Como sucedeu neste caso, a parte fez prova de que o recurso extraordinário é tempestivo. Então, eu estou propondo à Corte conhecermos do recurso, admitindo a prova, *a posteriori*, de sua tempestividade.

O Tribunal está de acordo?

O sr. ministro Luiz Fux: Eu estou de acordo.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Eu tenho aceitado recursos assim.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: *Peço vênia*, senhor presidente, **para negar provimento** ao presente recurso de agravo, **pois entendo** inviável, **na linha** da própria jurisprudência **desta** Corte, *a produção tardia* de peça documental **comprobatória** de fato notório – **como** *a suspensão do expediente forense* – **plenamente conhecido** quando da interposição do recurso (**AI 289.788-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **AI 392.037-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

> ***RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXTEMPORANEIDADE – PRODUÇÃO TARDIA*** *DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO* ***DA ALEGADA*** *TEMPESTIVIDADE RECURSAL –* ***IMPOSSIBILIDADE*** *DE JUNTADA POSTERIOR,* ***NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL****, DE TAL PEÇA DOCUMENTAL,* ***DESDE QUE JÁ EXISTENTE*** *À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO DO APELO EXTREMO –* ***RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO****.* [**RE 358.232-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

O Supremo Tribunal Federal **tem** enfatizado **incumbir**, *à parte recorrente*, **o ônus de comprovar** a ocorrência de fato, **já existente** à época da interposição recursal, **capaz de influir** na contagem dos prazos recursais, **em ordem**

a evidenciar a estrita observância do pressuposto objetivo da tempestividade, **comum** *a qualquer modalidade* de recurso.

Desnecessário assinalar que os **prazos recursais** *são peremptórios* **e** *preclusivos* (**RT** 473/200 – **RT** 504/217 – **RT** 611/155 – **RT** 698/209 – **RF** 251/244). **Com o decurso**, "*in albis*", do prazo legal, **extingue-se**, *de pleno direito*, **quanto** à parte sucumbente, **a faculdade processual** de interpor, *em tempo legalmente oportuno*, o recurso pertinente.

Com efeito, **a tempestividade** – que se qualifica como pressuposto objetivo **inerente** *a qualquer* modalidade recursal – **constitui** *matéria de ordem pública*, **passível**, *por isso mesmo*, **de conhecimento** "*ex officio*" pelos juízes **e** Tribunais. **A inobservância** desse requisito de ordem temporal, pela parte recorrente, **provoca**, *como necessário efeito de caráter processual*, **a incognoscibilidade** do recurso interposto, **tal como reiteradamente decidido** por esta Suprema Corte (**RTJ 203/416**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Por tais razões, *e com o devido respeito* à maioria que já se formou, **nego provimento** ao presente "*agravo regimental*".

É o meu voto.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas a posição de Vossa Excelência não está olvidando a necessidade dessa comprovação?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Não, não. Feita a prova da tempestividade, conhece-se do recurso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Apenas estaríamos alterando a jurisprudência para admitir essa prova *a posteriori*?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Exatamente, admitir a prova *a posteriori*.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Significa, então, que nós estamos mudando a jurisprudência do Supremo, que até aqui era contrária à possibilidade de apresentação de prova, posteriormente à chegada do recurso aqui.

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

O sr. ministro Marco Aurélio: E com um detalhe, ministra. Antes tínhamos o problema da formação do instrumento, do traslado de peças. Hoje já não há esse problema, porque o agravo vem no próprio processo dito principal. É interessante. Agora, fica muito difícil para o Supremo, como afirmei, ante a comprovação da tempestividade do recurso, declarar que esse recurso é intempestivo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): O recurso é tempestivo.

O sr. ministro Ayres Britto: É negar os fatos.

ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: E também – não é, presidente? – apenas o ministro Fux acentua: isto já tem que ter sido questionado no próprio recurso, porque ela não pode – argumento novo, não.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente e relator): Não, o recurso foi apresentado exatamente por isso. O agravo fez prova de que o extraordinário era tempestivo.

EXTRATO DA ATA

RE 626.358-AgR/MG — Relator: Ministro presidente. Agravante: Fiat Auto Trading S.A. (Advogados: Adriana Mourão Nogueira e outros). Agravado: Ezequiel Dutra de Oliveira (Advogado: Paulo Ramiz Lasmar).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Cezar Peluso (presidente), deu provimento ao agravo regimental, contra o voto do ministro Celso de Mello. Ausentes, neste julgamento, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

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, Luiz Fux e Rosa Weber. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 22 de março de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 626.706 — SP

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Município de São Paulo — Recorrida: Enterprise Video Comercial e Locadora Ltda. ME

Tributário. Imposto Sobre Serviços (ISS). Não incidência sobre locação de bens móveis. Filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados. Súmula Vinculante 31. Art. 156, III, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 8 de setembro de 2010 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu a impossibilidade da incidência de ISS sobre locação de bens móveis, assim ementado:

> *Ação anulatória com pedido de tutela antecipada* – ISS – Locação de bens móveis – Filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados – Atividades que não envolvem prestação de serviço. Tributação descabida – Sentença reformada – Sucumbência invertida – Apelo da contribuição provido. [Fl. 234.]

O recurso extraordinário do Município de São Paulo funda-se no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. Sustenta a constitucionalidade do art. 78, § 1º, da Lei municipal 10.423/1987, que previu a locação de bens móveis como hipótese de incidência de ISS. Alega que a Constituição, em seu art. 156, III, usou da expressão "serviços de qualquer natureza", dando amplitude maior ao conceito jurídico de serviços, de modo a englobar operações de locação de bens móveis.

Negado seguimento na origem, o recorrente interpôs agravo de instrumento que foi levado ao Plenário Virtual para análise, oportunidade em que se reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada; vencidos os ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Celso de Mello:

> *Ementa*: Tributo. Imposto Sobre Serviços (ISS). Incidência sobre locação de bens móveis. Relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral recurso que versa sobre a constitucionalidade, ou não, da incidência de ISS sobre locação de bens móveis. [AI 766.684, rel. min. Cezar Peluso, *DJE* de 25-2-2010.]

Em decisão de 14-5-2010, dei provimento ao agravo de instrumento para convertê-lo em recurso extraordinário (fl. 328).

O Ministério Público Federal, recordando a edição da Súmula Vinculante 31, manifestou-se pelo não provimento do presente recurso, em razão de estar o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal.

Trago o presente *leading case* para apreciação do Tribunal Pleno e julgamento do mérito da questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não assiste razão ao recorrente.

Em 4-2-2010 o Tribunal Pleno desta Corte julgou a PSV 35, culminando na edição da Súmula Vinculante 31, publicada no *DJE* e no *DOU* de 17-2-2010, a qual dispõe:

> É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre operações de locação de bens móveis.

Verifico, pois, que o acórdão recorrido está de acordo com esse entendimento.

Destaque-se apenas que a proposta inicialmente apresentada pelo ministro Joaquim Barbosa era a seguinte: "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre operações de locação de bens móveis **dissociadas da prestação de serviços**" (grifo nosso).

Sobre a expressão "dissociadas de prestação de serviços" houve discussão encabeçada pelo ministro Cezar Peluso, que assim se manifestou:

> O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, se Vossa Excelência me permite, acho que o que o eminente advogado propôs tem certa razão de ser.
>
> Veja bem: estamos afirmando que é inconstitucional quando incide sobre locação de móveis, mas só quando é dissociada da operação de serviço. Quando for associada, cabe imposto? Não. Então, a referência a "dissociada" é desnecessária, porque, quando associada, também não incide. Quando há contrato de locação de móveis e, ao mesmo tempo, prestação de serviço, a locação de móveis continua não suportando o imposto; o serviço sim. Se não tiver nenhuma ligação com prestação de serviço, também continua não suportando; não há incidência. Noutras palavras, o "dissociada" aí realmente é inútil e pode gerar dúvida. E, quando for associada, está sujeita ao imposto sobre prestação de serviço?
>
> A meu ver, com o devido respeito, não há prejuízo algum ao sentido das inúmeras decisões, se for cortada a expressão final "dissociada da prestação de serviço". É inconstitucional a incidência sobre locação de móveis, só.

O ministro Joaquim Barbosa demonstrou preocupação com "situações em que a prestação de serviço vem escamoteada sob a forma de locação. Por exemplo: locação de maquinário, e vem o seu operador. Nessa hipótese, muito comum".

Após os debates, o Tribunal, por unanimidade, acolheu a proposta, excluindo a expressão "dissociadas de prestação de serviços".

Como relatado, o caso em tela versa sobre locação de filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados, situação em que não está envolvida prestação de serviço.

Logo, quando da edição da súmula, para situações como a dos autos, em que está dissociada prestação de serviço, sequer houve debate. Incidiria a súmula vinculante inclusive na redação inicialmente proposta.

Assim, na esteira da jurisprudência vinculante desta Corte, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para ficar, como asseverado pela procuradora da tribuna, bem explícito que a situação não envolve operação mista, em que ocorre locação e prestação de serviço, mas, como está na ementa do acórdão impugnado, atividades que não envolvem a prestação de serviço. É uma matéria ainda em aberto para o Tribunal discutir e decidir a respeito, quando há a citada junção: da locação, como salientei, e a prestação de serviço.

Acompanho o ministro relator, ressaltando que não há incoerência no que entendi inadequado o instituto da repercussão geral quando se tinha, àquela época, àquela altura, apenas o agravo de instrumento. É que Sua Excelência acabou por prover o agravo de instrumento e determinar a conversão dos autos para que pudéssemos julgar o extraordinário. Então, a óptica da maioria quanto à repercussão geral do tema evidentemente prevalece no tocante ao extraordinário.

Acompanho Sua Excelência com essa explicitação.

EXTRATO DA ATA

RE 626.706/SP — Relator: Ministro Gilmar Mendes — Recorrente: Município de São Paulo (Procurador: Procurador-geral do Município de São Paulo). Recorrida: Enterprise Video Comercial e Locadora Ltda. ME (Advogados: Alvaro Trevisioli e outros).

Decisão: O Tribunal deliberou adiar o julgamento do feito para a próxima sessão ordinária. Decisão unânime. Ausentes, licenciado, o ministro Celso de Mello e, justificadamente, a ministra Ellen Gracie. Presidência do ministro Cezar Peluso. Plenário, 25-8-2010.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a ministra Ellen Gracie. Falou pelo recorrente a dra. Simone Barcelos Coutinho.

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.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 707.810 — RJ

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Agravante: Estado do Rio de Janeiro — Agravada: Associação do Clube da Maior Idade do Rio de Janeiro

Direito administrativo. Transporte coletivo. Gratuidade para o idoso. Mandado de segurança concedido na origem. Dever de fiscalização e de expedição de norma pelo Estado. Ofensa à Constituição Federal não configurada.

Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-10-2007).

Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes.

Agravo regimental conhecido e não provido.

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 negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 22 de maio 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, forte nas Súmulas 282, 283 e 356/STF, maneja agravo regimental o Estado do Rio de Janeiro.

O agravante refuta a ausência de prequestionamento, alegando que "a ofensa ao artigo 2º da CF foi um dos motivos justificadores da interposição dos embargos de declaração" (fl. 95). Sustenta que "a petição de recurso extraordinário do Estado aponta a incorreção da aplicação do art. 230, § 2º/CF, às fls. 38 dos presentes autos, não restando, por isso, inatacado o fundamento do acórdão recorrido, no ponto" (fl. 96).

Substituição do relator à fl. 101 (art. 38 do RISTF).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, **conheço** do agravo regimental e passo ao exame do mérito.

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo:

> 1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão que concedeu a segurança, no qual se discutiu a gratuidade nos transportes coletivos urbanos concedidos aos cidadãos maiores de 65 anos, nos termos do art. 230, § 2º, da Constituição Federal.
>
> No recurso extraordinário, sustenta-se ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.
>
> 2. O recurso não merece prosperar. Preliminarmente, verifico que o dispositivo ao qual se alegou violação não se encontra prequestionado, porque não abordado pelo acórdão recorrido, nem suscitado nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356/STF.
>
> 3. Ademais, o fundamento do acórdão recorrido referente à incidência do art. 230, § 2º, 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. Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). [Fls. 88-9.]

Após examinar as razões do agravo regimental, afasto os óbices das Súmulas 282, 283 e 356/STF, apontados na decisão agravada.

Contudo, não prospera a insurgência.

Não se divisa afronta direta aos dispositivos constitucionais invocados no recurso extraordinário, na forma exigida no art. 102, III, da Constituição Federal.

O Tribunal *a quo*, ao conceder a segurança pleiteada, consignou:

> O direito líquido e certo dos cidadãos com mais de sessenta e cinco anos da condução e gratuidade no transporte terrestre de passageiros estão garantidos constitucionalmente e a falta de fiscalização do cumprimento da norma é sem dúvida omissão da autoridade competente.

Ao declarar a constitucionalidade do art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que assegurou a gratuidade nos transportes públicos aos maiores de 65 anos, no julgamento da ADI 3.768/DF, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-10-2007, esta Corte reconheceu a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da norma contida no art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> (...)
>
> § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Desse entendimento não divergiu o acórdão recorrido.

Tampouco há falar na apontada violação do art. 2º da Carta Magna. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, sem que tal atitude configure ingerência no poder discricionário da administração pública, ofensiva ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, cito o AI 589.398-AgR/SP, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, por unanimidade, *DJE* de 9-5-2012, cujo acórdão está assim ementado:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. (...) Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Agravo regimental não provido.

Destaco, ainda, o seguinte trecho da decisão monocrática proferida na ADPF 45-MC/DF, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-5-2004:

> **É certo que não se inclui**, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular **e** de implementar políticas públicas (*José Carlos Vieira de Andrade*, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 207, item n. 5, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.
>
> **Tal incumbência**, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se** e **quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia **e** a integridade de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático.

Agravo regimental **conhecido** e **não provido**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AI 707.810-AgR/RJ — Relatora: Ministra Rosa Weber. Agravante: Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro). Agravada: Associação do Clube da Maior Idade do Rio de Janeiro (Advogados: Eveline Silva Bousada e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora. 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. Subprocurador-geral da República, dr. Wagner Mathias.

Brasília, 22 de maio de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, secretária da Primeira Turma.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

MEDIDA CAUTELAR NO
MANDADO DE SEGURANÇA 30.906 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Impetrante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad — Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Ecad

Comissão Parlamentar de Inquérito. Submissão incondicional da CPI à autoridade da Constituição e das leis da República. Exigência inerente ao Estado de Direito fundado em bases democráticas. Direitos das pessoas (físicas e jurídicas) e prerrogativas profissionais do advogado. Direito do advogado ao uso da palavra, mesmo no âmbito de comissão parlamentar de inquérito. Prerrogativa de protocolizar e de ver apreciadas, pela CPI, petições formuladas em nome da pessoa ou da entidade sob investigação. Direito de acesso a documentos sob cláusula de sigilo, desde que já incorporados aos autos do inquérito parlamentar. Postulado da comunhão da prova. Doutrina consagrada na Súmula Vinculante 14/STF. Precedentes. Medida cautelar deferida.

– A investigação parlamentar, por mais graves que sejam os fatos pesquisados pela Comissão legislativa, não pode desviar-se dos limites traçados pela Constituição nem transgredir as garantias, que, decorrentes do sistema normativo, foram atribuídas à generalidade das pessoas, físicas e/ou jurídicas.

– A unilateralidade do procedimento de investigação parlamentar não confere à CPI o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, a unilateralidade da investigação parlamentar – à semelhança do que ocorre com o próprio inquérito policial – não tem o condão de abolir os direitos, de derrogar as garantias, de suprimir as liberdades ou de conferir, à autoridade pública (investida, ou não, de mandato eletivo), poderes absolutos na produção da prova e na pesquisa dos fatos.

– O advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação, ao advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas – legais ou constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

O Poder Judiciário não pode permitir que se cale a voz do advogado, cuja atuação, livre e independente, há de ser permanentemente assegurada pelos juízes e pelos tribunais, sob pena de subversão das franquias democráticas e de aniquilação dos direitos do cidadão.

– A exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer CPI, dos poderes investigatórios de que se acha investida.

O ordenamento positivo brasileiro garante às pessoas em geral, qualquer que seja a instância de poder, o direito de fazer-se assistir, tecnicamente, por advogado, a quem incumbe, com apoio no Estatuto da Advocacia, comparecer às reuniões da CPI, sendo-lhe lícito reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente nos casos em que o comportamento arbitrário do órgão de investigação parlamentar vulnere as garantias básicas daquele – indiciado ou testemunha – que constituiu, para a sua defesa, esse profissional do direito.

– A função de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis. O inquérito parlamentar, por isso mesmo, não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem nem devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do

poder público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

– O sistema normativo brasileiro assegura ao advogado, regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal), o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. Precedentes. Doutrina.

Decisão: **Trata-se** de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, **impetrado** com a finalidade de obter ordem judicial **que determine** *à Presidência da CPI do Ecad* **efetivo respeito** à prerrogativa – *que se reconhece* à entidade sob investigação parlamentar – *de ser assistida*, **sem** *indevidas restrições*, **por advogados** por ela regularmente constituídos.

Busca-se, na presente sede mandamental, *proteção judicial efetiva* **que garanta** ao Ecad, parte ora impetrante, **o direito** *ao uso da palavra*, **a ser exercido** *por intermédio de seus advogados*, **sempre** que tal se fizer necessário **ao longo** das sessões de referida Comissão Parlamentar de Inquérito, **inclusive** para efeito **de protestar**, *por escrito* **ou** *oralmente*, **contra** *eventuais* abusos perpetrados por esse órgão de investigação parlamentar **contra** o autor **deste** *writ* constitucional, **de oferecer** contradita a testemunhas a serem inquiridas **ou** de requerer *quaisquer medidas* **destinadas** a preservar direitos **e** garantias que o ordenamento jurídico **confere** *a qualquer pessoa* submetida a procedimentos estatais de investigação.

Pretende-se, *ainda*, **que petições** formuladas pelo Ecad *sejam protocolizadas* **e** *apreciadas* pela CPI em questão, cuja Presidência **deverá abster-se** de coibir manifestações, *pela ordem*, formuladas, *pública* **e** *oralmente*, pelos advogados constituídos, *pelo próprio Ecad*, para proteção de seus direitos.

Eis, *em síntese*, **os fundamentos** *em que se apoia* a presente impetração mandamental:

> ***Em 28-6-2011, foi instalada*** *pelo Senado Federal* ***comissão parlamentar de inquérito****, com o objetivo de investigar,* ***no prazo*** *de cento e oitenta dias,* ***supostas irregularidades praticadas pelo Ecad*** *na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da Lei 9.610/1998.*

***O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) constituiu**, como patronos, **os advogados** Fernando Fragoso e Rodrigo Falk Fragoso, **inscritos** na OAB/RJ sob os números 21.600 e 109.000, respectivamente, **outorgando-lhes poderes** para o exercício da advocacia **perante** a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal.*

***Sucede que**, infelizmente, **a Defesa do Ecad tem sido sistematicamente cerceada e as prerrogativas dos advogados, frontalmente desrespeitadas**. Os advogados **estão sendo impedidos** de sustentar, oralmente, **durante** as reuniões da CPI do Ecad. **Além disso**, pasme-se!, os advogados acabaram impedidos, **até mesmo**, de peticionar!*

II

Os atos ilegais

(1) Impedimento do uso da palavra pelo advogado constituído pelo Ecad, durante a sexta reunião da CPI do Ecad.

***Em 16-8-2011**, durante a sexta reunião da CPI do Ecad, o advogado ora signatário, dr. Fernando Fragoso, **pediu a palavra**, pela ordem, **para questionar** a inobservância do quórum mínimo para a instalação e realização da reunião, vez que apenas dois dos onze senadores membros estavam presentes no recinto.*

***A questão de ordem foi afastada** pelo presidente da CPI com base no art. 148, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal, **que exime** o quorum para a tomada de depoimentos de pessoas convidadas. **Assim**, após declarar aberta a sessão, o presidente **passou a convidar** os depoentes do dia para tomarem assento à mesa principal.*

***Nesse momento**, o advogado **pediu novamente** a palavra, **em questão de ordem**, para pleitear que a CPI **examinasse e deliberasse** sobre a petição, apresentada pelo Ecad, **relativa à contradita da testemunha** Frank Aguiar, da Acimbra, sociedade excluída do Ecad por suspeitas de transferência forjada de trinta titulares de outra associação.*

***Porém**, inadvertidamente, **o presidente** da CPI do Ecad **cassou a palavra do advogado**, como ficou registrado na respectiva ata (...).*

***A palavra do advogado foi cassada porque**, segundo o presidente e o relator da CPI do Ecad, **somente os senadores membros poderiam se pronunciar oralmente, pela ordem**, perante aquela Comissão. **O presidente da CPI chegou a dizer** que "excepcionalmente" **permitiria** ao advogado formular oralmente a sua questão de ordem (a regra, segundo ele, seria a de que os requerimentos deveriam ser feitos exclusivamente por escrito). **Mas, logo em seguida**, o presidente, **mudando** de ideia, **simplesmente cortou** o microfone do advogado.*

***Assim é que o advogado, desrespeitado, ficou proibido de prosseguir** em sua fala já iniciada – **tanto** no microfone, **como fora dele** – de modo que o seu pleito **não foi sequer ouvido** pelos demais integrantes da comissão. **O presidente** da CPI **recepcionou** a petição, **para fins** de contradita, **mas não deu curso** ao incidente processual, **de acordo** com o que estabelece o art. 214 do Código de Processo Penal. **O depoimento** de Frank Aguiar foi prestado livremente, naquela reunião, como se nada houvesse sido ofertado em oposição pela entidade investigada pela CPI...*

(2) Recusa de recebimento (protocolo) de petições formuladas pela defesa do Ecad.

***Esta segunda ilegalidade**, data venia, é de corar frade de pedra.*

***Em 16-9-2011**, o Ecad **dirigiu petição** ao presidente da CPI do Ecad, **denunciando** a atividade suspeita de um assessor parlamentar, sr. Alexandre*

*Negreiros, **que conduziria** ao impedimento daquele servidor para desempenhar funções auxiliares aos trabalhos da CPI.*

***Surpreendentemente**, **a CPI do Ecad se recusou a receber a petição**. O protocolo **foi recusado** pelo gabinete do presidente da CPI do Ecad, sr. Senador Randolfe Rodrigues, pelo Secretário de Apoio à Comissão Parlamentar de Inquérito, sr. Will M. Wanderley, pelo assessor parlamentar, sr. Dirceu, e, até mesmo, pelo protocolo geral do Senado Federal.*

***As tentativas de apresentação da petição foram feitas pelo sr. Marcio do Val**, gerente de relações institucionais do Ecad, **a quem foi alegado** que a CPI **só receberia** petições de respostas de solicitações feitas pela CPI do Ecad.*

***Em 20-9-2011**, a defesa do Ecad **formulou** outra petição, desta feita **com o propósito** de ter acesso a um documento de caráter confidencial, **anexado**, por seu presidente, **aos autos** da CPI. (...).*

***Incrivelmente**, esta segunda petição **também foi recusada** pelo protocolo da CPI do Ecad. **Trata-se** de requerimento cujo objeto é perfeitamente lícito **e consonante com o direito do investigado de conhecer**, na íntegra, **os documentos já acostados** aos autos de investigação conduzida por autoridade pública.*

***Essas recusas de protocolo das duas petições foram denunciadas à Ouvidoria do Senado**, em 20-9-2011, **através** de contato com a sua central de atendimento telefônico (Tel. 0800-612211), ficando o chamado registrado sob o n. 959.676.*

***Em vão**.*

***Aparentemente**, **as portas do Senado se fecharam** para a Defesa do Ecad, **não havendo alternativa** outra **a não ser** a de socorrer-se do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.* [**Grifei**.]

Sendo *esse o contexto*, **passo a apreciar** a postulação de ordem cautelar. **E**, *ao fazê-lo*, **destaco**, *desde logo*, **que compete** ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, *em sede originária*, mandados de segurança impetrados contra **comissões parlamentares de inquérito**, *quando constituídas* **no âmbito** do Congresso Nacional **ou**, *como sucede na espécie*, no *de qualquer* de suas Casas.

Trata-se de entendimento **que tem prevalecido** na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RDA** 196/195 – **RDA** 196/197 – **RDA** 199/205 – **HC 79.244/DF**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **MS 23.452/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 23.576/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **cujas decisões enfatizam** que as comissões parlamentares de inquérito – **por constituírem** a "*longa manus*" **do próprio** Congresso Nacional – **sujeitam-se**, *em tema de mandado de segurança* (**ou** de "*habeas corpus*"), **ao controle jurisdicional imediato** desta Corte Suprema (**RDA** 47/286-304), **especialmente** quando se imputar, ao órgão de investigação parlamentar, **a prática abusiva** de atos, que, *eventualmente afetados* pela eiva da inconstitucionalidade, **possam gerar** *injusta lesão* ao direito subjetivo **de qualquer** pessoa ou instituição.

É por essa razão – e com apoio em **autorizado** magistério doutrinário (JOÃO MANGABEIRA, "**Em Torno da Constituição**", p. 99, 1934, Companhia Editora Nacional; PEDRO LESSA, "**Do Poder Judiciário**", p. 65/66, 1915, Livraria Francisco Alves; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "**Teoria Geral das Comissões Parlamentares – Comissões Parlamentares**

de Inquérito, p. 150, 2. ed., 2001, Forense; RAUL MACHADO HORTA, "**Limitações Constitucionais dos Poderes de Investigação**", "*in*" RDP, vol. 5/38; CARLOS MAXIMILIANO, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 2/80, 5. ed., 1954; ROBERTO ROSAS, "**Limitações às Comissões de Inquérito do Legislativo**", "*in*" RDP, vol. 12/56-60; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/358-359, 3. ed., 2000, Saraiva, *v.g.*) – **que tenho afirmado**, *a propósito da competência investigatória* das comissões parlamentares de inquérito, **que estas não dispõem** de poderes absolutos, **devendo** exercê-los **com estrita** observância dos limites formais **e** materiais fixados pelo ordenamento positivo **e com plena submissão** à autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República.

A **presente** causa – **motivada** *por grave denúncia* resultante *de alegados abusos* **que teriam sido** praticados pela CPI/Ecad **contra** o **exercício**, *por advogados constituídos pelo próprio Ecad*, de seus **direitos e prerrogativas profissionais** – **suscita reflexões** a propósito de matéria *já assentada*, **há muitos anos**, em jurisprudência constitucional **prevalecente** nesta Suprema Corte.

O regime democrático, analisado **na perspectiva** das delicadas relações **entre** o poder **e** o direito, **não tem condições** de subsistir, **quando** as instituições políticas do Estado **falharem** em seu dever **de respeitar** a Constituição e as leis, **pois**, *sob esse sistema de governo*, **não poderá** jamais prevalecer a vontade **de uma só** pessoa, **de um só** estamento, **de um só** grupo **ou**, *ainda*, **de uma só** instituição.

Na realidade, *o respeito incondicional* aos valores e aos princípios sobre os quais se estrutura, *constitucionalmente*, a organização do Estado, **longe de comprometer** a eficácia das investigações parlamentares, **configura** fator de irrecusável legitimação **de todas** as ações **lícitas** desenvolvidas pelas comissões legislativas.

Cabe assinalar, *antes de mais nada*, **que a unilateralidade** da investigação parlamentar – *à semelhança* do que ocorre com o próprio inquérito policial – **não tem** o condão **de abolir** os direitos, **de derrogar** as garantias, **de suprimir** as liberdades **ou de conferir** à autoridade pública (investida, *ou não*, de mandato legislativo) poderes absolutos **na produção** da prova **e na pesquisa** dos fatos.

É por essa razão que, *embora amplos*, os poderes das comissões parlamentares de inquérito **não são ilimitados nem absolutos**, **daí resultando**, *consoante estabelece a jurisprudência constitucional* do Supremo Tribunal Federal, que esses órgãos de investigação parlamentar **não podem** formular acusações **nem** punir delitos (**RDA 199/205**, rel. min. PAULO BROSSARD) **nem** desrespeitar o privilégio contra a autoincriminação que assiste *a qualquer* indiciado ou testemunha (**RDA 196/197**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 79.244-DF**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE) **nem** decretar a prisão de qualquer pessoa, **exceto** nas hipóteses de flagrância (**RDA 196/195**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RDA 199/205**, rel. min. PAULO BROSSARD).

Tenho por inquestionável, *por isso mesmo*, **que a norma constitucional que outorga** "*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*" a

uma comissão parlamentar de inquérito (**CF**, art. 58, § 3º) **traz**, *quanto a esta*, **o reconhecimento** da necessidade de que **os seus** poderes **somente** devem ser exercidos *de maneira compatível* com a natureza do regime **e com respeito** (*indeclinável*) aos princípios **consagrados** na Constituição da República.

As comissões parlamentares de inquérito, *à semelhança* do que **ocorre** *com qualquer outro* órgão do Estado **ou** *com qualquer* dos demais poderes da República, **submetem-se**, no exercício de suas prerrogativas institucionais, **às limitações** impostas pela **autoridade suprema** da Constituição.

Desse modo, **não se revela lícito supor**, na hipótese de **eventuais** desvios jurídico-constitucionais de uma comissão parlamentar de inquérito, **que o exercício** da atividade de controle jurisdicional **possa traduzir** situação de ilegítima interferência na esfera de **outro** poder da República.

Nem se diga, *desse modo*, **na perspectiva** do caso em exame, **que a atuação** do poder judiciário, **nas hipóteses** de lesão, *atual* **ou** *iminente*, a direitos subjetivos **amparados** pelo ordenamento jurídico do Estado, **configuraria** intervenção ilegítima dos juízes e tribunais **no âmbito de atuação** do Poder Legislativo.

Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo **não** traduzem **nem** configuram situação de conflito institucional, **especialmente** porque, **acima** de qualquer dissídio, **situa-se a autoridade** da Constituição **e** das leis da República.

Isso significa, *na fórmula política do regime democrático*, **que nenhum** dos poderes da República **está acima** da Constituição **e** das leis. **Nenhum** órgão do Estado – *situe-se ele* no Poder Judiciário, **ou** no Poder Executivo, **ou** no Poder Legislativo – **é imune** à força da Constituição **e** ao império das leis.

Uma decisão judicial – **que restaura** a integridade da ordem jurídica **e que torna efetivos** os direitos assegurados pelas leis – **não pode ser considerada** um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo, **consoante já o proclamou o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **unânime** julgamento:

> ***O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.***
>
> *– **A essência** do postulado da divisão funcional do poder, **além de derivar** da necessidade **de conter** os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, **representa o princípio conservador** das liberdades do cidadão **e constitui** o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.*
>
> ***Esse princípio**, que tem assento no art. 2º da Carta Política, **não pode constituir nem qualificar-se** como um **inaceitável** manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, **por parte** de qualquer agente do poder público **ou** de qualquer instituição estatal.*
>
> *– **O Poder Judiciário**, quando intervém **para assegurar** as franquias constitucionais **e para garantir** a integridade e a supremacia da Constituição, **desempenha**, de maneira plenamente legítima, as atribuições **que lhe conferiu** a **própria** Carta da República.*

> ***O regular exercício*** *da função jurisdicional, por isso mesmo,* ***desde*** *que pautado pelo* ***respeito*** *à Constituição,* ***não transgride*** *o princípio da separação de poderes.*
>
> *Desse modo,* ***não se revela lícito afirmar****, na hipótese* ***de desvios jurídico-constitucionais*** *nas quais incida uma comissão parlamentar de inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de* ***outro*** *Poder da República.* [**RTJ 173/805-810**, **806**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Esse entendimento tem sido por mim observado em diversos julgamentos **que proferi** nesta Suprema Corte **e nos quais** *tenho sempre enfatizado* **que a restauração**, em sede judicial, de direitos e garantias constitucionais **lesados** *por uma CPI* **não traduz** situação configuradora de ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, **como resulta claro** de decisão **assim ementada**:

> *(...)* ***O postulado da separação de poderes e a legitimidade constitucional*** *do controle,* ***pelo Judiciário****, das funções investigatórias das CPIs,* ***se*** *e* ***quando*** *exercidas de modo abusivo.* ***Doutrina****.* ***Precedentes*** *do Supremo Tribunal Federal. (...).* [**HC 88.015-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, "*in*" "*Informativo/STF*" n. 416/2006.]

Tenho salientado, *por isso mesmo*, que as comissões parlamentares de inquérito, **no desempenho** de seus poderes de investigação, **estão sujeitas** *às mesmas normas e limitações* que **incidem** sobre os magistrados, **quando** no exercício de igual prerrogativa. **Vale dizer**: as comissões parlamentares de inquérito **somente** podem exercer as atribuições investigatórias que lhes são inerentes, **desde** que o façam *nos mesmos termos* **e** *segundo as mesmas exigências* que a Constituição **e** as leis da República **impõem** aos juízes, **especialmente** no que concerne **ao necessário respeito** às prerrogativas que o ordenamento positivo do Estado **confere** aos **advogados**.

Esse entendimento **nada mais reflete** senão as próprias consequências **que emanam** dos fundamentos e dos princípios **que regem**, em nosso sistema jurídico, a organização e o exercício do poder.

Cabe reconhecer, *por tal razão*, *que a presença do advogado* em **qualquer** procedimento estatal, **independentemente** do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, **constitui** *fator inequívoco* **de certeza** de que os órgãos do poder público (**Legislativo**, Judiciário e Executivo) *não transgredirão* os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, **respeitando-se**, *em consequência*, **como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal**, **o regime** das liberdades públicas **e os direitos subjetivos** constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, **inclusive** àquelas eventualmente sujeitas, *qualquer que seja o motivo*, **a investigação parlamentar**, **ou** a inquérito policial, **ou**, *ainda*, a processo judicial.

Em decisão por mim proferida no Supremo Tribunal Federal (**MS 23.576/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO), *já deixei acentuado* que o Poder Judiciário **não pode permitir** *que se cale a voz do advogado*, cuja atuação, *livre*

e *independente*, **há** de ser **permanentemente** assegurada pelos juízes e pelos tribunais, **sob pena de subversão** das franquias democráticas **e de aniquilação** dos direitos do cidadão.

A exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional **não** frustra **nem** impede *o exercício pleno*, **por qualquer CPI**, dos poderes investigatórios de que se acha investida.

Não custa reafirmar a advertência desta Suprema Corte no sentido de que a **observância** dos direitos e das garantias *constitui fator de legitimação* da atividade estatal. **Esse dever de obediência** ao regime da lei se impõe **a todos** – magistrados, administradores **e legisladores**.

O poder **não** se exerce *de forma ilimitada*. No Estado Democrático de Direito, **não há lugar** *para o poder absoluto.*

Ainda que em seu **próprio** domínio institucional, **nenhum** órgão estatal pode, *legitimamente*, pretender-se **superior ou** supor-se **fora** do alcance da autoridade suprema da Constituição Federal **e** das leis da República.

O respeito efetivo aos direitos individuais **e** às garantias fundamentais outorgados pela ordem jurídica às pessoas em geral **representa**, no contexto de nossa experiência institucional, *o sinal mais expressivo* **e** *o indício mais veemente* de que se **consolida**, em nosso país, de maneira real, **o quadro democrático** delineado na Constituição da República.

A separação de poderes – consideradas as circunstâncias históricas **que justificaram** a sua concepção no plano da teoria constitucional – **não pode ser jamais invocada** como princípio destinado a frustrar **a resistência jurídica** *a qualquer ensaio* de opressão estatal **ou** *a inviabilizar* a oposição a qualquer tentativa de comprometer, **sem** justa causa, o exercício **do direito de protesto** contra abusos **que possam ser cometidos** pelas instituições do Estado.

A investigação parlamentar, judicial ou administrativa de **qualquer** fato determinado, **por mais grave** que ele possa ser, **não prescinde** do respeito incondicional e necessário, **por parte** do órgão público dela incumbido, **das normas**, que, **instituídas** pelo ordenamento jurídico, **visam a equacionar**, no contexto do sistema constitucional, *a situação de contínua tensão dialética* que deriva do antagonismo histórico **entre** o poder do Estado (que **jamais** deverá revestir-se de caráter ilimitado) **e** os direitos da pessoa (que **não** poderão impor-se de forma absoluta).

É, *portanto*, na Constituição **e** nas leis – **e não na busca pragmática** de resultados, independentemente da **adequação** dos meios à disciplina **imposta** pela ordem jurídica – **que se deverá promover** a solução **do justo equilíbrio** *entre as relações de tensão* que emergem do estado de permanente conflito **entre** o princípio da autoridade **e** o valor da liberdade.

A controvérsia mandamental delineada na **presente** causa **reclama** solução, que, **associada** às diretrizes fixadas pelo modelo constitucional, **encontra** fundamento **no Estatuto da Advocacia**, cujas prescrições conferem **ao**

Advogado determinados direitos e prerrogativas profissionais **plenamente compatíveis** *com o integral desempenho*, pela CPI, dos poderes de investigação de que se acha investida.

O que simplesmente se revela intolerável (**e não tem sentido**) – *por divorciar-se* dos padrões ordinários de submissão *à* "*rule of law*" – é a sugestão, *paradoxal*, *contraditória e inaceitável*, de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis **possa traduzir** fator **ou** elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

Extremamente oportunas, *sob tal aspecto*, **como já tive** o ensejo de assinalar **em anterior** decisão (**MS 23.576/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO), **as observações** feitas pelo ilustre advogado paulista **e** ex-secretário da Justiça do Estado de São Paulo, dr. MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA ("**As CPIs e a Advocacia**", "*in*" "O Estado de S. Paulo", edição de 05/12/99, p. A22):

> ***Nem se diga****, no* ***lastimável*** *argumento repugnante à inteligência e* ***comprometedor*** *do bom senso,* ***que a presença ativa dos advogados nas sessões das CPIs frustraria*** *os seus propósitos investigatórios.* ***Fosse assim****, tampouco chegariam a termo as averiguações policiais; ou os inquéritos civis conduzidos pelo Ministério Público; ou, ainda, as inquirições probatórias administradas pelo Judiciário.* ***Com plena razão****, magistrados, promotores e delegados* ***jamais alegaram*** *a Advocacia como obstáculo,* ***bem ao contrário****, nela enxergando meio útil à descoberta da verdade e à administração da Justiça.* [**Grifei**.]

Cabe assinalar, *por isso mesmo*, **que as prerrogativas legais** outorgadas aos advogados **possuem** finalidade específica, **pois visam a assegurar** *a esses profissionais do direito* – **cuja indispensabilidade** é proclamada *pela própria* Constituição da República (**CF**, art. 133) –, **o exercício**, perante **qualquer** instância de Poder, de direitos próprios destinados **a viabilizar** a defesa técnica daqueles em cujo favor atuam.

Desse modo, **não se revela legítimo opor** *ao advogado* **restrições**, que, **ao impedirem**, *injusta* **e** *arbitrariamente*, **o regular** exercício de sua atividade profissional, **culminem por esvaziar e nulificar** a própria razão de ser de sua intervenção **perante** os órgãos do Estado, **inclusive** perante as próprias comissões parlamentares de inquérito.

É por isso que se torna necessário insistir no fato de que os poderes das comissões parlamentares de inquérito, *embora amplos*, **não são ilimitados nem absolutos**.

Por tal razão, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento definitivo do MS 23.452/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO, **deixou assentado**, *por unanimidade*, "*que os poderes das comissões parlamentares de inquérito – precisamente porque* ***não*** *são absolutos –* ***sofrem*** *as restrições* ***impostas*** *pela Constituição da República* ***e encontram*** *limite nos direitos fundamentais do cidadão,* ***que só podem*** *ser afetados* ***nas hipóteses e na forma*** *que a Carta Política estabelecer*".

Nesse contexto, **assiste** *ao advogado* **a prerrogativa** – que lhe é dada por força e autoridade da lei – **de velar pela intangibilidade** dos direitos daquele que o constituiu **como patrono** de sua defesa técnica, **competindo-lhe**, *por isso mesmo*, **para o fiel desempenho** do "*munus*" de que se acha incumbido esse profissional do direito, o exercício **dos meios legais** vocacionados **à plena** realização de seu **legítimo** mandato profissional.

Por esse motivo, **nada** pode justificar **o desrespeito** às prerrogativas *que a própria* Constituição **e** as leis da República **atribuem** ao advogado, **pois o gesto de afronta** *ao Estatuto Jurídico da Advocacia* **representa**, *na perspectiva* de nosso sistema normativo, **um ato de inaceitável** ofensa **ao próprio** texto constitucional **e** ao regime das liberdades públicas nele consagrado.

Vale transcrever, *por oportuno*, **trecho** de decisão proferida pelo ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **no MS 23.684-MC/DF**, em que se assegurou, *a advogados*, **no âmbito** de comissão parlamentar de inquérito, "*o exercício regular do direito à palavra, na conformidade do art. 7º, X e XI, da Lei 8.906/1994*":

> ***Como tenho afirmado em casos anteriores**, ao conferir às CPIs "os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), a Constituição impôs ao órgão parlamentar as mesmas limitações e a mesma submissão às regras do devido processo legal a que sujeitos os titulares da jurisdição.*
>
> ***Entre umas e outras**, situam-se com relevo as prerrogativas elementares do exercício da advocacia, outorgadas aos seus profissionais em favor da defesa dos direitos de seus constituintes.* [**Grifei**.]

O presente caso **põe em evidência**, *uma vez mais*, situação **impregnada** de alto relevo jurídico-constitucional, **consideradas** *as graves implicações* que resultam **de injustas** restrições **impostas** ao exercício, **em plenitude**, do direito de defesa **e** à prática, *pelo advogado*, **das prerrogativas profissionais** que lhe são inerentes (**Lei 8.906/1994**, art. 7º, **incisos** XIII **e** XIV).

O Estatuto da Advocacia – ao dispor sobre o acesso do advogado aos procedimentos estatais, **inclusive** àqueles **que tramitem** em regime de sigilo (**hipótese** em que se lhe exigirá a exibição **do pertinente** instrumento de mandato) – **assegura-lhe**, *como típica prerrogativa de ordem profissional*, **o direito de examinar** os autos, **sempre** em benefício de seu constituinte, **em ordem** a viabilizar, *quanto a este*, **o exercício** do direito **de conhecer** os dados probatórios **já** formalmente produzidos **no âmbito** da investigação.

Impende enfatizar que o advogado, **atuando** em nome de seu constituinte, *possui o direito de acesso* aos autos da investigação penal, policial **ou parlamentar**, *ainda que em tramitação sob regime de sigilo*, **considerada a essencialidade** do direito de defesa, *que há de ser compreendido* – **enquanto** prerrogativa indisponível **assegurada** pela Constituição da República – *em perspectiva global* **e** *abrangente*.

É certo, *no entanto*, **em ocorrendo** *a hipótese excepcional de sigilo* – **e para que não se comprometa** o sucesso das providências investigatórias **em curso de execução** (**a significar**, *portanto*, que se trata de providências **ainda**

não formalmente incorporadas ao procedimento de investigação) –, que o advogado **tem o direito de conhecer** as informações "***já introduzidas*** *nos autos do inquérito,* ***não as relativas*** *à decretação* ***e*** *às vicissitudes da execução das diligências* ***em curso*** *(...)*" (**RTJ 191/547-548**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**).

Vê-se, *pois*, **que assiste** àquele sob investigação do Estado, *p. ex.*, **o direito de acesso** aos autos, **por intermédio** de seu advogado, **que poderá examiná-los**, **extrair** cópias **ou tomar** apontamentos (**Lei 8.906/1994**, art. 7º, XIV), **observando-se**, *quanto a tal prerrogativa*, **orientação consagrada em decisões** proferidas **por esta** Suprema Corte (**HC 86.059-MC/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 90.232/AM**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Inq 1.867/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 23.836/DF**, rel. min. CARLOS VELLOSO, *v.g.*), *mesmo quando* a investigação estatal (**como aquela conduzida por uma CPI**) esteja sendo processada em caráter sigiloso, **hipótese** em que o advogado do investigado, *desde que por este constituído*, **poderá ter acesso** às peças que digam respeito à pessoa **do seu** cliente **e que instrumentalizem** prova **já produzida** nos autos, **tal como esta Corte** decidiu no julgamento **do HC 82.354/PR**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE (**RTJ** 191/547-548):

> ***Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado*** *– interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –,* ***é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado, de acesso*** *aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (****Lei 8906/1994****, art. 7º, XIV),* ***da qual*** *– ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas –* ***não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo****: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações,* ***de modo*** *a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.*
>
> ***A oponibilidade ao defensor constituído*** *esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (****CF****, art. 5º, LXIII),* ***que lhe assegura****, quando preso,* ***e pelo menos lhe faculta****, quando solto,* ***a assistência técnica*** *do advogado, que este não lhe poderá prestar* ***se lhe é sonegado*** *o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.*
>
> ***O direito do indiciado****, por seu advogado,* ***tem por objeto*** *as informações* ***já introduzidas nos autos*** *do inquérito,* ***não*** *as relativas à decretação* ***e*** *às vicissitudes da execução de diligências* ***em curso*** *(****cf. Lei 9.296****, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências);* ***dispõe****, em consequência, a autoridade policial, de meios legítimos* ***para obviar*** *inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.* [**Grifei.**]

Devo salientar, *neste ponto*, **que assim tenho julgado** nesta Suprema Corte, **havendo proferido** decisões **nas quais assegurei** *a pessoas submetidas a investigação* do poder público **o direito de acesso** a documentos, que, *embora sob cláusula de sigilo*, **já haviam sido formalmente introduzidos** nos autos da investigação estatal, **considerado**, *para tanto*, **o postulado** *da comunhão da prova*:

RECLAMAÇÃO. DESRESPEITO AO ENUNCIADO *CONSTANTE DA SÚMULA VINCULANTE N. 14/STF.* ***PERSECUÇÃO PENAL*** *INSTAURADA EM JUÍZO* ***OU*** *FORA DELE.* ***REGIME DE SIGILO. INOPONIBILIDADE*** *AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO* ***OU*** *PELO RÉU.* ***DIREITO DE DEFESA. COMPREENSÃO GLOBAL*** *DA FUNÇÃO DEFENSIVA.* ***GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRERROGATIVA PROFISSIONAL*** *DO ADVOGADO (****LEI N. 8.906/1994****, ART. 7º,* ***INCISOS*** *XIII* ***E*** *XIV).* ***CONSEQUENTE ACESSO*** *AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS* ***E*** *FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL (INQUÉRITO POLICIAL* ***OU*** *PROCESSO JUDICIAL)* ***OU*** *A ESTES REGULARMENTE APENSADOS.* ***POSTULADO*** *DA COMUNHÃO* ***OU*** *DA AQUISIÇÃO DA PROVA.* ***PRECEDENTES*** *(STF).* ***DOUTRINA. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE****, EM PARTE.*

*– **O sistema normativo brasileiro assegura** ao advogado regularmente **constituído** pelo indiciado (**ou** por aquele submetido a atos de persecução estatal) **o direito de pleno acesso** aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo **ou** fora dele, a regime de sigilo (**necessariamente** excepcional), **limitando-se**, no entanto, tal prerrogativa jurídica às provas já produzidas **e** formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, **excluídas**, consequentemente, as informações **e** providências investigatórias ainda em curso de execução **e**, por isso mesmo, **não documentadas** no próprio inquérito ou processo judicial. **Precedentes**. **Doutrina**.* [**Rcl 8.770-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Esse **mesmo** entendimento **foi por mim reiterado**, quando **do julgamento** de pleito cautelar **que apreciei** em decisão **assim ementada**:

INQUÉRITO POLICIAL. REGIME DE SIGILO. INOPONIBILIDADE AO ADVOGADO CONSTITUÍDO *PELO INDICIADO.* ***DIREITO DE DEFESA. COMPREENSÃO GLOBAL*** *DA FUNÇÃO DEFENSIVA.* ***GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRERROGATIVA PROFISSIONAL*** *DO ADVOGADO (****LEI 8.906/1994****, ART. 7º,* ***INCISOS*** *XIII* ***E*** *XIV).* ***OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM*** *PRIVILEGIAR O MISTÉRIO* ***NEM COMPROMETER****, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO,* ***O EXERCÍCIO*** *DE DIREITOS* ***E*** *GARANTIAS FUNDAMENTAIS* ***POR PARTE*** *DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL.* ***CONSEQUENTE ACESSO*** *AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS* ***JÁ*** *DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS* ***E FORMALMENTE INCORPORADOS*** *AOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO PENAL.* ***POSTULADO*** *DA COMUNHÃO* ***OU*** *DA AQUISIÇÃO DA PROVA.* ***PRECEDENTES*** *(STF).* ***DOUTRINA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA****.*

*– O indiciado **é sujeito** de direitos **e dispõe** de garantias **plenamente** oponíveis ao poder do Estado (**RTJ** 168/896-897). **A unilateralidade** da investigação penal **não autoriza que se desrespeitem** as garantias básicas de que se acha investido, **mesmo** na fase pré-processual, **aquele** que sofre, **por parte** do Estado, atos de persecução criminal.*

*– O sistema normativo brasileiro **assegura**, ao advogado regularmente **constituído** pelo indiciado (**ou** por aquele submetido a atos de persecução estatal), **o direito de pleno acesso** aos autos de investigação penal, **mesmo** que sujeita a regime de sigilo (**necessariamente** excepcional), **limitando-se**, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas **já produzidas e formalmente incorporadas** ao procedimento investigatório, **excluídas**, consequentemente, as informações **e***

providências investigatórias ***ainda*** *em curso de execução* ***e****, por isso mesmo,* ***não documentadas*** *no próprio inquérito.* ***Precedentes****.* ***Doutrina****.* [**HC 87.725-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, ***DJU*** de 2-2-2007.]

Cumpre referir, *ainda*, que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar o HC 88.190/RJ**, rel. min. CEZAR PELUSO, **reafirmou o entendimento** anteriormente adotado por esta Suprema Corte (**HC 86.059-MC/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 87.827/RJ**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE), **em julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

> ***ADVOGADO****.* ***Investigação sigilosa*** *do Ministério Público Federal.* ***Sigilo inoponível ao patrono*** *do suspeito* ***ou*** *investigado.* ***Intervenção nos autos.*** ***Elementos documentados****.* ***Acesso amplo****.* ***Assistência técnica*** *ao cliente* ***ou*** *constituinte.* ***Prerrogativa profissional garantida****.* ***Resguardo*** *da eficácia das investigações* ***em curso ou por fazer****.* ***Desnecessidade*** *de constarem dos autos do procedimento investigatório.* ***Habeas corpus concedido****.* ***Inteligência do art. 5º****, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei 8.906/1994, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei n. 6.368/1976.* ***Precedentes****.* ***É direito do advogado****, suscetível de ser garantido por habeas corpus,* ***o de****, em tutela* ***ou*** *no interesse do cliente envolvido nas investigações,* ***ter acesso amplo*** *aos elementos que,* ***já documentados*** *em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público,* ***digam*** *respeito ao constituinte.* [**Grifei**.]

Vale assinalar, *por relevante*, que **o postulado** *da comunhão da prova*, cuja eficácia projeta-se **e** incide *sobre todos* os dados informativos, que **compõem** o acervo probatório **coligido** pelas autoridades **e** agentes estatais, **assume** inegável importância **no plano das garantias de ordem jurídica** reconhecidas ao investigado **e** ao réu, **pois**, *como se sabe*, **o princípio da comunhão** (**ou** da aquisição) **da prova assegura** *ao que sofre investigação estatal* – **ainda** que submetida esta ao regime de sigilo – **o direito de conhecer** os elementos de informação **já existentes** nos autos **e cujo teor possa ser**, *eventualmente*, **de seu interesse**, **quer** para efeito de exercício da autodefesa, **quer** para desempenho da defesa técnica.

É que a prova (**inclusive** a penal), *uma vez regularmente introduzida* no procedimento investigatório, **não pertence** *a ninguém*, **mas integra** os autos do respectivo inquérito **ou** processo, **constituindo**, *desse modo*, **acervo plenamente acessível** *a todos quantos sofram*, **em referido procedimento sigiloso**, atos de investigação por parte do Estado.

Essa compreensão do tema – *cabe ressaltar* – **é revelada** por autorizado magistério doutrinário (ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, "**Da Prova no Processo Penal**", p. 31, item n. 3, 3. ed., 1994, Saraiva; DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, "**O Princípio da Comunhão da Prova**", "*in*" Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005; FERNANDO CAPEZ, "**Curso de Processo Penal**", p. 259, item n. 17.7, 7. ed., 2001, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "**A Prova Penal**", p. 31, item n. 2, 2. ed., 2003, Lumen Juris, *v.g.*), **valendo referir**, *por extremamente relevante*, **a lição**

expendida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("**O Juiz e a Prova**", "*in*" Revista de Processo, n. 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184):

> ***E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem.*** *(...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário.* ***A isso se chama o "princípio da comunhão da prova": a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.*** [**Grifei**.]

Cumpre rememorar, *ainda*, **ante a sua inteira pertinência**, o magistério de PAULO RANGEL ("**Direito Processual Penal**", p. 411/412, item n. 7.5.1, 8. ed., 2004, Lumen Juris):

> ***A palavra comunhão*** *vem do latim "communione",* ***que significa*** *ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, ideias ou interesses.* ***Referindo-se à prova****, portanto,* ***quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais*** *(partes e juiz),* ***não obstante*** *ter sido levada apenas por um deles. (...).*
>
> ***O princípio da comunhão da prova*** *é um consectário lógico dos princípios da verdade real* ***e*** *da igualdade das partes na relação jurídico processual,* ***pois*** *as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.*
>
> *(...)* ***Por conclusão, os princípios*** *da verdade real* ***e*** *da igualdade das partes na relação jurídico-processual* ***fazem*** *com que as provas carreadas para os autos* ***pertençam a todos*** *os sujeitos processuais,* ***ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas.*** [**Grifei.**]

Sendo assim, *tendo presentes as razões expostas* – **e considerando**, *sobretudo*, **as graves alegações** constantes desta impetração –, **defiro** o pedido de medida liminar, **para**, *nos estritos termos* da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), **assegurar**, *aos advogados* do ora impetrante, **que se acham regularmente inscritos** nos quadros da OAB/Seção do Rio de Janeiro, **e que atuam** na defesa dos direitos do Ecad, ora impetrante, **a observância e o respeito**, *por parte do senhor presidente da CPI do Ecad*, **e** *dos membros que a compõem*, **das seguintes prerrogativas** estabelecidas no diploma legislativo mencionado:

(**a**) **direito de receber**, no exercício de suas atribuições profissionais, "*tratamento compatível com a dignidade da Advocacia*", **além de garantidas**, *para esse efeito*, **condições adequadas** ao desempenho de seu encargo profissional (**Lei 8.906/1994**, art. 6º, parágrafo único);

(**b**) **direito de exercer**, *sem indevidas restrições*, com liberdade **e** independência, a atividade profissional de advogado **perante** a CPI do Ecad (**Lei 8.906/1994**, art. 7º, I), **assegurando-se-lhes** a prerrogativa de que as suas petições, *formuladas em nome da parte impetrante*, **sejam** protocolizadas **e** apreciadas pela CPI em questão, **inclusive** o pleito pelo qual se haja solicitado "*cópia do documento identificado como de caráter reservado e sigiloso*", **notadamente** porque documentos sob sigilo, **mas formalmente incorporados** aos autos de

investigação, **mostram-se** *plenamente acessíveis* à pessoa investigada, **tendo em vista** *o princípio da comunhão da prova*;

(**c**) **direito** de "*falar, sentado ou em pé*", **perante** a CPI do Ecad (**Lei 8.906/1994**, art. 7º, XII), **quando se revelar necessário intervir**, *verbalmente*, **para esclarecer** equívoco ou dúvida **em relação** a fatos, documentos **ou** afirmações que guardem pertinência com o objeto da investigação legislativa – *desde que o uso da palavra* se faça *pela ordem*, **observadas** as normas regimentais **que disciplinam** os trabalhos das comissões parlamentares de inquérito –, **ou**, *ainda*, **para oferecer** contradita a testemunhas, **aplicando-se**, *no que couber*, o art. 214 do CPP, *c/c* a Lei 1.579/1952 (art. 3º), **assegurado**, *também*, **o direito** de o representante do Ecad **fazer-se acompanhar** de seus advogados, **mesmo** que a sessão da CPI se faça "*em reunião secreta*" (**Lei 1.579/1952**, art. 3º, § 2º, **acrescentado** pela Lei 10.679/2003).

2. **Requisitem-se** informações à autoridade apontada como coatora (**Lei** 12.016/2009, art. 7º, I).

3. **Comunique-se**, *com urgência*, **transmitindo-se cópia** da presente decisão, **para efeito** *de seu integral cumprimento*, ao senhor presidente da CPI/Ecad.

Publique-se.

Brasília, 5 de outubro de 2011 — Celso de Mello, relator.

(**23º aniversário da promulgação da Constituição** *democrática* **de 1988**)

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 106.664 — SP

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Pacientes: Osvaldo Nachbar Filho ou Oswaldo Nachbar Filho e Odair dos Santos — Impetrante: Ciro Augusto Campos Pimazzoni — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Persecução penal e delação anônima. Doutrina. Precedentes. Pretendida extinção do procedimento penal. Descaracterização, na espécie, da plausibilidade jurídica do pedido. Medida cautelar indeferida.

As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de *persecutio criminis*.

Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.).

Nada impede, contudo, que o poder público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.

Diligências prévias que, promovidas pelo Departamento de Polícia Federal, revelariam a preocupação da Polícia Judiciária em observar, com cautela e discrição, as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas, em tema de delação anônima, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: **Trata-se** de "*habeas corpus*", com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS". LAVAGEM DE DINHEIRO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. MONITORAMENTO TELEFÔNICO. DENÚNCIA

ANÔNIMA. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO COMPROVADA. ORDEM DENEGADA.

1) O monitoramento telefônico foi autorizado*, porque necessária a medida para dar prosseguimento às investigações.*

2) Após o recebimento da denúncia anônima, foi observado *que as agências não apresentavam movimento normal,* ***de modo que não se pode alegar*** *que o monitoramento telefônico* ***foi autorizado*** *com base* ***somente*** *na denúncia anônima.*

3) O trancamento de ação penal*, em tema de "habeas corpus", é possível somente se o fato for atípico, se estiver extinta a punibilidade ou se não houver indícios de autoria.*

4) Coação ilegal não comprovada*.*

5) Ordem denegada. [**HC 128.776/SP**, rel. min. CELSO LIMONGI – **Grifei**.]

A parte impetrante, **alegando** omissão em referido julgamento, **opôs**, perante aquela Alta Corte judiciária, embargos de declaração, que restaram rejeitados, **em decisão que está assim ementada**:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM "HABEAS CORPUS". ALEGAÇÃO DE OMISSÃO CONSISTENTE EM NÃO APONTAR O RELATOR QUAL SERIA A SOLUÇÃO ALTERNATIVA, O PLANO B CITADO NO INÍCIO DOS ARGUMENTOS DO RELATOR. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. São cabíveis embargos de declaração contra acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação*, câmaras* ***ou*** *turmas, no prazo de dois dias, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal.*

2. No caso em exame*, em que pesem as considerações efetuadas na sessão de julgamento, o v. acórdão embargado não é omisso, porque declinou as razões pelas quais a ordem foi denegada: necessidade do monitoramento telefônico para o prosseguimento das investigações e ausência das hipóteses de trancamento da ação penal.*

3. Omissão não caracterizada.

4. Embargos de declaração rejeitados. [**HC 128.776-EDcl/SP**, rel. min. CELSO LIMONGI – **Grifei**.]

Busca-se, na presente sede processual, **a extinção definitiva** do procedimento penal ora questionado, **sob alegação** *de que inexistiria* justa causa autorizadora da adoção, *contra os ora pacientes*, de medidas de persecução penal, **eis que** – *segundo sustentam* os ilustres impetrantes – a investigação criminal **ter-se-ia** originado, *unicamente*, **no caso**, de *delação anônima*.

Em consequência desse pleito, **pretende-se a concessão** de medida liminar **para suspender**, *cautelarmente*, **até** final julgamento da presente ação de "*habeas corpus*", o curso do **Processo-Crime** 2008.61.81.003867-5, **em trâmite** perante a 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP.

Passo a apreciar o pedido de medida liminar. **E**, ao fazê-lo, **entendo**, *em juízo de estrita delibação*, **que se revela insuscetível de acolhimento** a postulação cautelar ora **deduzida** no presente "*writ*" constitucional.

Não se desconhece que a *delação anônima*, **enquanto** fonte **única** de informação, **não constitui** fator que se mostre suficiente para legitimar, *de modo autônomo*, **sem** o concurso **de outros** meios de revelação dos fatos, a instauração de procedimentos estatais.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, **ao aprovar** a Resolução STF 290/2004 – **que instituiu**, *nesta Corte*, o serviço de Ouvidoria – **expressamente vedou** a possibilidade de formulação de reclamações, críticas **ou** denúncias *de caráter anônimo* (art. 4º, **II**), *sob pena* de liminar rejeição.

Mais do que isso, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o MS 24.405/DF**, do rel. min. CARLOS VELLOSO, **declarou**, "*incidenter tantum*", **a inconstitucionalidade** da **expressão** "*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*" **constante do § 1º** do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (**Lei** 8.443/1992).

É certo, *no entanto*, **tal como tive** o ensejo de decidir **nesta** Suprema Corte (**HC 100.042-MC/RO**, rel. min. CELSO DE MELLO), que essa diretriz jurisprudencial – *para não comprometer* a apuração de comportamentos ilícitos **e**, *ao mesmo tempo*, **para resguardar** a exigência constitucional de publicidade – *há de ser interpretada* **em termos** que, *segundo entendo*, **assim podem ser resumidos**:

> **a) o escrito anônimo** não justifica, *por si só*, desde que **isoladamente** considerado, **a imediata instauração** da "*persecutio criminis*", **eis** que peças apócrifas **não podem** ser incorporadas, formalmente, ao processo, **salvo** quando tais documentos forem produzidos **pelo acusado**, **ou**, *ainda*, **quando constituírem**, *eles próprios*, **o corpo de delito** (**como sucede** com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, **ou como ocorre** com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, **ou** que corporifiquem o delito de ameaça **ou** que materializem o "*crimen falsi*", **p. ex.**);
>
> **b) nada impede**, *contudo*, **que o poder público**, **provocado** por delação anônima ("*disque-denúncia*", **p. ex.**), **adote** medidas **informais** destinadas a apurar, **previamente**, em averiguação sumária, "***com prudência e discrição***", **a possível** ocorrência de **eventual** situação de ilicitude penal, *desde que o faça* com o objetivo **de conferir a verossimilhança** dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, *então*, em caso positivo, **a formal instauração** da "*persecutio criminis*", **mantendo-se**, *assim*, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação** às peças apócrifas; **e**
>
> **c) o Ministério Público**, *de outro lado*, **independentemente** da prévia instauração de inquérito policial, *também pode formar* a sua "*opinio delicti*" **com apoio** em **outros** elementos de convicção **que evidenciem** a materialidade do fato delituoso **e** a existência de indícios suficientes de autoria, **desde** que os dados informativos **que dão suporte** à acusação penal *não derivem* de documentos **ou** de escritos **anônimos** *nem* os tenham **como único** *fundamento causal*.

Cumpre referir, *no ponto*, por extremamente oportuno, **o valioso** magistério **expendido** por GIOVANNI LEONE ("**Il Codice di Procedura Penale Illustrato Articolo per Articolo**", sob a coordenação de UGO CONTI, vol. I/562-564, itens n. 154/155, 1937, Società Editrice Libraria, Milano), **cujo entendimento**, *no tema*, **após** reconhecer *o desvalor* **e** *a ineficácia probante* **dos**

escritos anônimos, *desde que* **isoladamente** considerados, **admite**, *no entanto*, quanto a eles, **a possibilidade** de a autoridade pública, **a partir** de tais documentos **e mediante** atos investigatórios **destinados a conferir** a verossimilhança de seu conteúdo, **promover**, *então*, em caso positivo, **a formal instauração** da pertinente "*persecutio criminis*", **mantendo-se**, *desse modo*, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação às peças apócrifas** que forem encaminhadas aos agentes do Estado, *salvo se* os escritos anônimos **constituírem** *o próprio* corpo de delito **ou** provierem do acusado.

Impende rememorar, *no sentido que venho de expor*, **a precisa lição** de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I/147, item n. 71, 2. ed., **atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium):

> ***No direito pátrio**, a lei penal considera crime a denunciação caluniosa **ou** a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), **o que implica a exclusão do anonimato na** "**notitia criminis**", uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, **no caso** de atuar abusiva e ilicitamente.*
>
> ***Parece-nos**, porém, **que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos**, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. **Se**, no dizer de G. Leone, **não se deve incluir** o escrito anônimo **entre** os atos processuais, **não servindo ele** de base à ação penal, **e tampouco** como fonte de conhecimento do juiz, **nada impede que**, em determinadas hipóteses, **a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe**, porém, **assumir** a responsabilidade da abertura das investigações, **como se o escrito anônimo não existisse**, tudo se passando **como se tivesse havido** "notitia criminis" inqualificada.* [**Grifei**.]

Essa diretriz doutrinária – *perfilhada* por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES ("**Tomada de Contas Especial**", p. 51, item n. 4.1.1.1.2, 2. ed., 1998, Brasília Jurídica) – **é também admitida**, *em sede de persecução penal*, por FERNANDO CAPEZ ("**Curso de Processo Penal**", p. 77, item n. 10.13, 7. ed., 2001, Saraiva):

> ***A delação anônima** ("notitia criminis inqualificada") **não deve ser repelida de plano**, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, **requer cautela redobrada**, por parte da autoridade policial, **a qual deverá**, **antes de tudo**, **investigar a verossimilhança** das informações.* [**Grifei**.]

Idêntica percepção sobre a matéria em exame **é revelada** por JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 95, item n. 5.4, 7. ed., 2000, Atlas), *que assim se pronuncia*:

> *(...) **Não obstante** o art. 5º, IV, da CF, **que proíbe o anonimato** na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, **nada impede a notícia anônima** do crime ("notitia criminis" inqualificada), **mas**, nessa hipótese, **constitui dever funcional** da autoridade pública **destinatária**, **preliminarmente**, **proceder com a máxima cautela***

e discrição *a investigações preliminares* ***no sentido*** *de apurar a verossimilhança das informações recebidas.* ***Somente com a certeza*** *da existência de indícios da ocorrência do ilícito* ***é que deve instaurar*** *o procedimento regular.* [**Grifei**.]

Esse entendimento *é também acolhido* por NELSON HUNGRIA ("**Comentários ao Código Penal**", vol. IX/466, item n. 178, 1958, Forense), **cuja análise** do tema – **realizada** sob a égide da Constituição republicana de 1946, *que expressamente não permitia o anonimato* (art. 141, § 5º), **à semelhança** do que se registra, **presentemente**, com a vigente Lei Fundamental (art. 5º, IV, "*in fine*") – *enfatiza a imprescindibilidade* da investigação, *ainda que motivada por delação anônima*, desde que fundada **em fatos verossímeis**:

> ***Segundo*** *o § 1º do art. 339, "A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto".* ***Explica-se****: o indivíduo* ***que se resguarda sob o anonimato*** *ou nome suposto* ***é mais perverso*** *do que aquele que age sem dissimulação.* ***Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista*** *(salvo quando* ***evidentemente*** *inverossímil),* ***ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo****; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena.* [**Grifei**.]

Essa mesma posição – *que entende recomendável*, **nos casos** de *delação anônima*, que a autoridade pública **proceda**, *de maneira discreta*, a uma averiguação preliminar **em torno** da verossimilhança da comunicação ("*delatio*") que lhe foi dirigida – **é igualmente compartilhada**, *dentre outros*, por GUILHERME DE SOUZA NUCCI ("**Código de Processo Penal Comentado**", p. 87/88, item n. 29, 2008, RT), DAMÁSIO E. DE JESUS ("**Código de Processo Penal Anotado**", p. 9, 23. ed., 2009, Saraiva), GIOVANNI LEONE, ("**Trattato di Diritto Processuale Penale**", vol. II/12-13, item n. 1, 1961, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("**Código de Processo Penal Comentado**", vol. 1/34-35, 4. ed., 1999, Saraiva), RODRIGO IENNACO ("**Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito**", "*in*" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62/220-263, 2006, RT), ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR ("**Inquérito Policial e Ação Penal**", item n. 17, p. 19/20, 7. ed., 1998, Saraiva) **e** CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. 1/210, item n. 70, 2002, EDIPRO), **cumprindo rememorar**, *ainda*, **por valiosa**, **a lição** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI ("**Persecução Penal, Prisão e Liberdade**", p. 34/35, item n. 6, 1980, Saraiva):

> ***Não deve haver qualquer dúvida****, de resto,* ***sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente*** *à autoridade pública (...).*
>
> *(...)* ***constitui dever funcional da autoridade pública*** *destinatária da notícia do crime,* ***especialmente*** *a policial,* ***proceder****, com máxima cautela e discrição,* ***a uma investigação preambular*** *no sentido* ***de apurar a verossimilhança*** *da informação,* ***instaurando*** *o inquérito* ***somente*** *em caso de verificação positiva.* ***E***

***isto, como se** a sua cognição **fosse espontânea**, ou seja, como quando se trate de "notitia criminis" direta ou inqualificada (...).* [**Grifei**.]

Vale acrescentar que esse entendimento **também** fundamentou julgamento **que proferi**, em sede monocrática, **a propósito** da questão pertinente **aos escritos anônimos**. *Ao assim julgar*, **proferi** decisão **que restou** consubstanciada **na seguinte ementa**:

***DELAÇÃO ANÔNIMA**. COMUNICAÇÃO **DE FATOS GRAVES** QUE TERIAM SIDO PRATICADOS **NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, **EM TESE**, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS **SUPOSTAMENTE** DIRECIONADOS **E ALEGADO** PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). **A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO** (**CF**, ART. 5º, IV, "IN FINE"), **EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA** DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. **OBRIGAÇÃO** ESTATAL, QUE, **IMPOSTA** PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE **E** DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (**CF**, ART. 37, "CAPUT"), **TORNA INDERROGÁVEL** O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. **RAZÕES** DE INTERESSE SOCIAL **EM POSSÍVEL CONFLITO** COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (**CF**, ART. 5º, X). **O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO** DO CIDADÃO **AO FIEL** DESEMPENHO, **PELOS AGENTES ESTATAIS**, DO DEVER DE PROBIDADE **CONSTITUIRIA** UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES **EM ANTAGONISMO**. SITUAÇÃO DE **TENSÃO DIALÉTICA** ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. **COLISÃO DE DIREITOS** QUE SE RESOLVE, **EM CADA CASO OCORRENTE**, MEDIANTE **PONDERAÇÃO** DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. **CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS**. LIMINAR **INDEFERIDA**.* [**MS 24.369-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo** 286 **STF**/2002.]

Cabe referir, *por oportuno*, que o E. Superior Tribunal de Justiça, *ao apreciar a questão da delação anônima*, **analisada** em face do art. 5º, IV, "*in fine*", da Constituição da República, **já se pronunciou** no sentido de considerá-la juridicamente possível, *desde que o Estado*, ao agir em função de comunicações **revestidas** de caráter apócrifo, **atue com cautela**, em ordem a evitar a consumação de situações que possam ferir, *injustamente*, direitos de terceiros:

CRIMINAL. RHC. "NOTITIA CRIMINIS" ANÔNIMA. INQUÉRITO POLICIAL. VALIDADE.

***1. A "delatio criminis" anônima** não constitui causa da ação penal que surgirá, em sendo o caso, da investigação policial decorrente. Se colhidos elementos suficientes, haverá, então, ensejo para a denúncia. **É bem verdade que a Constituição Federal** (art. 5º, IV) **veda o anonimato** na manifestação do pensamento, **nada impedindo**, entretanto, mas, pelo contrário, **sendo dever da autoridade policial proceder à investigação, cercando-se**, naturalmente, **de cautela**.*

*2. Recurso ordinário **improvido**.* [**RHC 7.329/GO**, rel. min. FERNANDO GONÇALVES – **Grifei**.]

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...). PROCESSO ADMINISTRATIVO DESENCADEADO ATRAVÉS DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". VALIDADE. INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA FINAL DO INCISO IV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (VEDAÇÃO DO ANONIMATO). (...). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [**RMS 4.435/MT**, rel. min. ADHEMAR MACIEL – **Grifei**.]

(...) ***Carta anônima****, sequer referida na denúncia* ***e que****, quando muito,* ***propiciou*** *investigações* ***por parte*** *do organismo policial,* ***não se pode reputar de ilícita****.* ***É certo que****,* ***isoladamente****,* ***não terá*** *qualquer valor,* ***mas também não se pode tê-la*** *como prejudicial a todas as outras validamente obtidas.* [**RHC 7.363/RJ**, rel. min. ANSELMO SANTIAGO – **Grifei**.]

Vê-se, portanto, *não obstante o caráter apócrifo* da delação ora questionada, que, **tratando-se** de revelação de fatos **revestidos** *de aparente* ilicitude penal, **existe**, "*a priori*", **a possibilidade** de o Estado **adotar** medidas destinadas **a esclarecer**, *em sumária e prévia apuração*, **a idoneidade** das alegações que lhe foram transmitidas, **desde** que verossímeis, *em atendimento ao dever estatal* de fazer prevalecer – **consideradas** razões de interesse público – **a observância** do postulado jurídico da legalidade, **que impõe**, à autoridade pública, **a obrigação** de apurar a verdade real **em torno** da materialidade **e** autoria de eventos **supostamente** delituosos.

O caso dos autos *parece evidenciar* que a diretriz jurisprudencial **consolidada** no âmbito **desta** Corte **teria** sido observada **na espécie** ora em exame.

O E. Superior Tribunal de Justiça, **ao denegar** a ordem de "*habeas corpus*", **enfatizou**, *a partir dos elementos* que lhe foram propiciados, que o monitoramento telefônico **não teria** sido autorizado "*com base somente na denúncia anônima*", **mas**, *ao contrário*, **teria** sido *também* motivado por dados informativos **resultantes** *de prévia apuração* realizada por autoridade policial, "*que cuidou (...) de proceder a investigações preliminares,* ***a fim*** *de verificar a verossimilhança dos fatos narrados na denúncia anônima*", **consoante assinalado** nos votos dos eminentes ministros CELSO LIMONGI, relator, **e** OG FERNANDES.

Tudo parece indicar, **considerados** os fundamentos que dão suporte ao acórdão ora impugnado, que o Departamento de Polícia Federal *apenas* **teria** postulado autorização judicial *para a questionada* interceptação telefônica **depois** de haver diligenciado a adoção de medidas **destinadas** a conferir a verossimilhança dos dados que lhe foram transmitidos *mediante comunicação anônima*.

A efetivação de *averiguações prévias* que o Departamento de Polícia Federal promoveu **em decorrência** *da denúncia anônima* **parece** resultar do **próprio teor** da "*Representação*" **na qual** as autoridades policiais federais, **mencionando** diligências por elas executadas em momento *que precedeu* ao pedido de interceptação telefônica, **referiram-se**, dentre as providências adotadas, a "*levantamento preliminar*" **ou** a "*consulta ao site específico do Banco Central*" (**para constatar** a existência, ou não, em favor da agência de propriedade de um dos pacientes, de autorização para efetuar operações de câmbio) **ou** a

"*pesquisas junto à Receita Federal*" **ou**, *ainda*, a outras "*investigações realizadas*", **tudo em ordem a verificar**, *como exigido* pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, **a realidade** dos fatos *anonimamente* delatados.

Em suma: analisada a questão *sob a perspectiva* da *delação anônima*, **e considerados** os elementos que venho de mencionar, **não vejo** como reconhecer, *desde logo* **e** *ao menos* em sede de **estrita** delibação, **ilicitude** na instauração, **contra** os ora pacientes, da "*persecutio criminis*" em referência.

Todos os elementos **que venho** de expor **levam-me a vislumbrar descaracterizada**, *ao menos em juízo de sumária cognição*, a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar **deduzida** na presente causa.

Sendo assim, em face das razões expostas *e sem prejuízo* de ulterior reexame da matéria **quando do julgamento final** desta ação de "*habeas corpus*", **indefiro** o pedido de medida cautelar.

Publique-se.

Brasília, 19 de maio de 2011.

Ministro Celso de Mello, relator.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct ***Ação civil pública.*** Cabimento. Defesa do meio ambiente: direitos transindividuais. Ministério Público: legitimidade ativa. RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

PrCv ***Ação de investigação de paternidade.*** Improcedência por falta de provas. Beneficiário de assistência judiciária: gratuidade das despesas processuais. Exame de DNA: ausência por falta de custeio pelo Estado. Busca da identidade genética: direito fundamental. Repropositura da ação: possiblidade. Relativização da coisa julgada. Repercussão geral: reconhecimento. CF/1988, arts. 5º, XXVI, e 226, § 7º. RE 363.889 *RTJ* 223/420

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento: aspecto material. Implementação de política pública: modelo de gestão ambiental. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio): criação. CF/1988, art. 225, §1º. ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL). Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática: controle de comercialização e habilitação de aparelho de telefonia móvel usado. ADI 3.846 *RTJ* 223/193

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA nacional). Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. Sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: democracia participativa. CF/1988, art. 103, IX: interpretação. ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Modulação dos efeitos: *ex nunc*. Lei 9.868/1999, art. 27. ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct Advogado: prerrogativa profissional. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Pn Antecedentes criminais. (...) ***Descaminho.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

Pn Antecedentes criminais. (...) ***Furto.*** HC 103.506 *RTJ* 223/396

PrCv Apuração de dano ao patrimônio público estadual: efeito extrapenal. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrSTF Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

PrSTF Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA nacional). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct Atividade econômica: espécies. (...) ***Ordem econômica.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Ct Atividade econômica em sentido estrito: regime de monopólio. (...) ***Ordem econômica.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Ct Ato de juiz federal: Juizado Especial. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

PrPn Autorização por juízo estadual. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

B

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Furto.*** HC 103.506 *RTJ* 223/396

PrCv Beneficiário de assistência judiciária: gratuidade das despesas processuais. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

PrCv Busca da identidade genética: direito fundamental. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

C

Ct Cabimento. (...) ***Ação civil pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

PrPn Celeridade da tramitação: conveniência da instrução criminal. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE). (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602

Trbt	CF/1988, arts. 2º e 5º, XXXV e XXXVI. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540
Ct	CF/1988, arts. 2º e 225. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512
PrPn	CF/1988, art. 5º, IV. (...) ***Investigação criminal.*** HC 106.664-MC *RTJ* 223/677
Trbt	CF/1988, arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único: ofensa. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527
PrCv	CF/1988, arts. 5º, XXVI, e 226, § 7º. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420
Pn	CF/1988, art. 5º, XL: ofensa inocorrente. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261
Adm	CF/1988, art. 21, X. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11
Ct	CF/1988, arts. 21, XI, e 22, IV. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.083 *RTJ* 223/254
Ct	CF/1988, arts. 21, XI, 22, IV, e 175: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193
Ct	CF/1988, art. 22, I: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193
TrPrv	CF/1988, arts. 37, § 10, e 40, § 7º. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577
Ct	CF/1988, art. 55, § 4º. (...) ***Competência originária.*** AP 396 *RTJ* 223/105
Ct	CF/1988, art. 58, § 3º. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301 – MS 30.906-MC *RTJ* 223/661
Ct	CF/1988, art. 62, *caput*. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203
Ct	CF/1988, art. 62, *caput* e § 9º: ofensa. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203
Ct	CF/1988, arts. 100 e 173, § 1º, II, e § 2º. (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602
PrSTF	CF/1988, art. 103, IX: interpretação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203
Pn	CF/1988, art. 103-A. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261
Ct	CF/1988, art. 108, I, *c*: inaplicabilidade. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

Trbt CF/1988, art. 146, III, *b*: ofensa. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Trbt CF/1988, art. 156, III. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 626.706 *RTJ* 223/650

PrSTF CF/1988, art. 225, § 1º. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct CF/1988, art. 230, § 2º: eficácia plena e aplicabilidade imediata. (...) ***Política pública.*** AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

Pn Circunstâncias de ordem subjetiva. (...) ***Furto.*** HC 103.506 *RTJ* 223/396

Pn Circunstâncias de ordem subjetiva: irrelevância. (...) ***Descaminho.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

Pn Coisa julgada: ofensa inocorrente. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

PrPn Coisa julgada: violação. (...) ***Sentença penal condenatória.*** HC 101.131 *RTJ* 223/370

Ct ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Poderes institucionais: submissão à Constituição Federal. Advogado: prerrogativa profissional. Direito de petição e uso da palavra. Controle jurisdicional: possibilidade. Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa inocorrente. Súmula Vinculante 14. CF/1988, art. 58, § 3º. Lei 8.906/1994, art. 7º, X, XI, XIII e XIV. MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Ct ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Requisito constitucional. Mínimo de um terço dos membros: prerrogativa das minorias parlamentares. Momento de aferição das subscrições: instauração da CPI. Desconstituição do ato de criação da CPI por deliberação em Plenário: ilegitimidade constitucional. Retirada de assinaturas posterior à instauração: impossibilidade. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 102, § 4º. CF/1988, art. 58, § 3º. MS 26.441 *RTJ* 223/301

PrCv Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI): alegação de ausência de requisito após instauração. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Ct ***Competência jurisdicional.*** Turma Recursal de Juizado Especial Federal. Mandado de segurança: caráter de recurso. Ato de juiz federal: Juizado Especial. Subordinação jurídica ao TRF: ausência. Princípio da razoável duração do processo. CF/1988, art. 108, I, *c*: inaplicabilidade. RE 586.789 *RTJ* 223/590

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito processual. Indício ou prova do crime de receptação: posse, uso ou reaproveitamento

de aparelho celular cadastrado como perdido, furtado ou roubado. CF/1988, art. 22, I: ofensa. Lei estadual 12.983/2005/PE, art. 2º: inconstitucionalidade. ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Telecomunicações. Regulamentação da relação entre usuário e empresa prestadora de serviço de telefonia celular. Criação de obrigação não prevista em contrato firmado com o Poder concedente. CF/1988, arts. 21, XI, 22, IV, e 175: ofensa. Lei estadual 12.983/2005/PE, arts. 1º, § 1º, I, *b*; 3º; 4º e 5º: inconstitucionalidade. ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Telecomunicações. Segundo ponto de acesso à internet: cobrança de taxa. CF/1988, arts. 21, XI, e 22, IV. Lei distrital 4.116/2008/DF: inconstitucionalidade. ADI 4.083 *RTJ* 223/254

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Deputado federal: renúncia ao mandato às vésperas do julgamento. Subterfúgio para deslocamento de competência: abuso de direito. Declinação da competência ao juízo de primeiro grau: inocorrência. CF/1988, art. 55, § 4º. AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn Complexidade dos fatos: grupo criminoso organizado. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

Trbt Contribuições de seguridade social: natureza tributária. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

PrSTF Controle difuso de constitucionalidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Ct Controle jurisdicional: possibilidade. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Ct Conversão em lei: procedimento. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Pn CP/1940, art. 155, *caput*. (...) ***Furto.*** HC 103.506 *RTJ* 223/396

Pn CP/1940, art. 289, § 1º. (...) ***Moeda falsa.*** HC 105.829 *RTJ* 223/413

Pn CP/1940, art. 334. (...) ***Descaminho.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

PrPn CPP/1941, art. 41. (...) ***Denúncia.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Criação de nova autarquia: atividade administrativa exercida por órgão existente. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct Criação de obrigação não prevista em contrato firmado com o Poder concedente. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Pn Crime contra a fé pública: bem intangível. (...) ***Moeda falsa.*** HC 105.829 *RTJ* 223/413

PrPn Crime de quadrilha e peculato: condenação. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Pn ***Crime de violação do privilégio postal da União.*** Restrição às atividades postais descritas no art. 9º da Lei 6.538/1978. Lei 6.538/1978, art. 42: interpretação conforme à Constituição. ADPF 46 *RTJ* 223/11

PrCv Crime político: não caracterização. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Trbt CTN/1966, arts. 106, I, e 168, I. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

Trbt CTN/1966, arts. 124, II, 128, 134 e 135, III. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

D

PrPn Decisão mais favorável ao réu: inaplicabilidade. (...) ***Sentença penal condenatória.*** HC 101.131 *RTJ* 223/370

Ct Declinação da competência ao juízo de primeiro grau: inocorrência. (...) ***Competência originária.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Decurso do prazo: encaminhamento da manifestação singular do relator ao Plenário da Câmara. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct Defesa do meio ambiente: direitos transindividuais. (...) ***Ação civil pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

PrPn Delação anônima. (...) ***Investigação criminal.*** HC 106.664-MC *RTJ* 223/677

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato: indícios de autoria e materialidade. Direito de defesa e contraditório: possibilidade de exercício. CPP/1941, art. 41. AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn Denúncia: elementos de informação obtidos em inquérito civil. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrCv Deputado estadual: ausência de prerrogativa de foro. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Deputado federal: renúncia ao mandato às vésperas do julgamento. (...) ***Competência originária.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrSTF Descabimento: aspecto material. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Pn ***Descaminho.*** Tributo de pequeno valor. Antecedentes criminais. Circunstâncias de ordem subjetiva: irrelevância. Princípio da insignificância: aplicabilidade. CP/1940, art. 334. RE 514.531 *RTJ* 223/522

Trbt Desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Ct Desconstituição do ato de criação da CPI por deliberação em Plenário: ilegitimidade constitucional. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

PrPn Descrição suficiente do fato: indícios de autoria e materialidade. (...) ***Denúncia.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Pn Despacho interlocutório misto: nulidade absoluta. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

PrPn Direito de defesa e contraditório: possibilidade de exercício. (...) ***Denúncia.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Direito de petição e uso da palavra. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Ct Direito processual. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Ct Distribuição de lucro: objetivo. (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602

TrPrv Dupla acumulação de pensões por morte: impossibilidade. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577

PrPn Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato. (...) ***Sentença penal condenatória.*** HC 101.131 *RTJ* 223/370

E

TrPrv Emenda Constitucional 20/1998, art. 11. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577

Adm Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Adm Empresa pública prestadora de serviço público. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

PrSTF Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193 – ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrCv Exame de DNA: ausência por falta de custeio pelo Estado. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

Adm Exclusividade para entrega de correspondências. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Pn ***Execução penal.*** Falta grave. Perda dos dias remidos. Regra de decisão: fato anterior à publicação da súmula vinculante. Súmula Vin-

culante 9: aplicabilidade. CF/1988, art. 5º, XL: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 103-A. Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

Ct Exercício de atividade econômica: regime de livre concorrência. (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602

PrSTF Expediente forense no juízo de origem: suspensão. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

Pn Expressividade da lesão jurídica: fato penalmente relevante. (...) ***Moeda falsa.*** HC 105.829 *RTJ* 223/413

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Revogação. Morte do agente provada por certidão de óbito ideologicamente falsa. Despacho interlocutório misto: nulidade absoluta. Prosseguimento da ação penal: inocorrência de revisão *pro societate*. Coisa julgada: ofensa inocorrente. Teoria da existência jurídica. HC 104.998 *RTJ* 223/401

F

Pn Falta grave. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

Ct Fiscalização do cumprimento da norma: omissão da autoridade competente. (...) ***Política pública.*** AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

Pn ***Furto.*** Bem de pequeno valor. Antecedentes criminais. Circunstâncias de ordem subjetiva. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 155, *caput*. HC 103.506 *RTJ* 223/396

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Não conhecimento. Matéria de prova: perdimento de bem imóvel. Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. HC 99.619 *RTJ* 223/361

PrSTF *Habeas corpus* de ofício: concessão. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

I

Ct Implementação: inocorrência. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512 – AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

PrSTF Implementação de política pública: modelo de gestão ambiental. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Trbt ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Não incidência. Locação de bens móveis: filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados. Súmula Vinculante 31. CF/1988, art. 156, III. Lei municipal 10.423/1987, São Paulo/SP, art. 78, § 1º: inconstitucionalidade. RE 626.706 *RTJ* 223/650

PrCv Improcedência por falta de provas. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

Ct Indício ou prova do crime de receptação: posse, uso ou reaproveitamento de aparelho celular cadastrado como perdido, furtado ou roubado. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrCv ***Inquérito civil.*** Nulidade inocorrente. Deputado estadual: ausência de prerrogativa de foro. Investigação por promotor de justiça: atuação em primeira instância. Usurpação de competência originária: inexistência. Apuração de dano ao patrimônio público estadual: efeito extrapenal. Crime político: não caracterização. Princípio do devido processo legal e do promotor natural: ofensa inocorrente. AP 396 *RTJ* 223/105

PrSTF Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio): criação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrPn ***Interceptação telefônica.*** Autorização por juízo estadual. Posterior declinação do processo para competência da Justiça Federal. Ratificação dos atos decisórios pelo novo juízo competente: possibilidade. HC 99.619 *RTJ* 223/361

PrPn ***Interceptação telefônica.*** Prorrogação sucessiva: possibilidade. Complexidade dos fatos: grupo criminoso organizado. HC 99.619 *RTJ* 223/361

PrPn Interceptação telefônica: possibilidade. (...) ***Investigação criminal.*** HC 106.664-MC *RTJ* 223/677

Ct Intervenção do Poder Judiciário: situação excepcional. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512 – AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

PrPn Investigação conduzida pelo MP: apuração de ilícitos civis e administrativos. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn ***Investigação criminal.*** Delação anônima. Verificação da verossimilhança: diligência com cautela e discrição. Interceptação telefônica: possibilidade. CF/1988, art. 5º, IV. HC 106.664-MC *RTJ* 223/677

PrCv Investigação por promotor de justiça: atuação em primeira instância. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

J

Trbt Jurisprudência consolidada quando do advento da lei pretensamente interpretativa. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

PrSTF Jurisprudência do STF: alteração. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

L

Trbt Lançamento por homologação. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193 – ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrSTF Legitimidade ativa autônoma. (...) ***Reclamação.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

Adm Lei 6.538/1978. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Pn Lei 6.538/1978, art. 42: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Crime de violação do privilégio postal da União.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Trbt Lei 8.620/1993, art. 13: inconstitucionalidade formal. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Trbt Lei 8.620/1993, art. 13: inconstitucionalidade material. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Ct Lei 8.906/1994, art. 7º, X, XI, XIII e XIV. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 27. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Trbt Lei Complementar 118/2005, art. 3º: aplicabilidade após *vacatio legis*. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

Trbt Lei Complementar 118/2005, art. 4º, segunda parte: inconstitucionalidade. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

Ct Lei distrital 4.116/2008/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.083 *RTJ* 223/254

Ct Lei estadual 12.983/2005/PE, arts. 1º, § 1º, I, *b*; 3º; 4º e 5º: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Ct Lei estadual 12.983/2005/PE, art. 2º: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

Trbt Lei municipal 10.423/1987, São Paulo/SP, art. 78, § 1º: inconstitucionalidade. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 626.706 *RTJ* 223/650

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

Trbt Locação de bens móveis: filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 626.706 *RTJ* 223/650

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Prejudicialidade inocorrente. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI): alegação de ausência de requisito após instauração. Recurso ao Plenário: indeferimento por menos de um terço dos deputados. Suporte documental: liquidez dos pressupostos fáticos. Questão de natureza regimental: inocorrência. MS 26.441 *RTJ* 223/301

Ct Mandado de segurança: caráter de recurso. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

PrSTF Matéria constitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

PrPn Matéria de prova: perdimento de bem imóvel. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

Ct ***Medida provisória.*** Conversão em lei: procedimento. Parecer prévio da Comissão Mista de deputados e senadores: ausência. Decurso do prazo: encaminhamento da manifestação singular do relator ao Plenário da Câmara. CF/1988, art. 62, *caput* e § 9º: ofensa. Resolução 1/2002-Congresso Nacional, arts. 5º, *caput*, e 6º, § 1º e § 2º: declaração incidental de inconstitucionalidade. ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct ***Medida provisória.*** Requisito inocorrente. Criação de nova autarquia: atividade administrativa exercida por órgão existente. Urgência: ausência. CF/1988, art. 62, *caput*. ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct Meio ambiente: previsão constitucional. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

Ct Mínimo de um terço dos membros: prerrogativa das minorias parlamentares. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Ct Ministério Público: legitimidade ativa. (...) ***Ação civil pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

PrSTF Ministério Público estadual. (...) ***Reclamação.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

PrSTF Modulação dos efeitos: *ex nunc*. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Pn ***Moeda falsa.*** Pequeno valor: falsificação de boa qualidade. Crime contra a fé pública: bem intangível. Expressividade da lesão jurídica: fato penalmente relevante. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 289, § 1º. HC 105.829 *RTJ* 223/413

Ct Momento de aferição das subscrições: instauração da CPI. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Pn Morte do agente provada por certidão de óbito ideologicamente falsa. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

N

PrPn Não conhecimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

Trbt Não incidência. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 626.706 *RTJ* 223/650

PrSTF Norma impugnada: revogação. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

PrCv Nulidade inocorrente. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

O

Ct ***Ordem econômica.*** Atividade econômica: espécies. Atividade econômica em sentido estrito: regime de monopólio. Serviço público: regime de privilégio e exclusividade. ADPF 46 *RTJ* 223/11

P

Ct Parecer prévio da Comissão Mista de deputados e senadores: ausência. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Trbt Patrimônios das pessoas física e jurídica: confusão. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

TrPrv ***Pensão por morte.*** Servidor público aposentado: falecimento posterior à EC 20/1998. Reingresso ao serviço público anterior à EC 20/1998: cargos inacumuláveis. Percepção de dupla aposentadoria estatutária: proibição. Dupla acumulação de pensões por morte: impossibilidade. CF/1988, arts. 37, § 10, e 40, § 7º. Emenda Constitucional 20/1998, art. 11. RE 584.388 *RTJ* 223/577

Pn Pequeno valor: falsificação de boa qualidade. (...) ***Moeda falsa.*** HC 105.829 *RTJ* 223/413

TrPrv Percepção de dupla aposentadoria estatutária: proibição. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577

Pn Perda dos dias remidos. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

PrSTF Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrSTF Pertinência temática: controle de comercialização e habilitação de aparelho de telefonia móvel usado. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

PrPn Pluralidade de réus: desmembramento. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Poderes institucionais: submissão à Constituição Federal. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Ct ***Política pública.*** Implementação: inocorrência. Meio ambiente: previsão constitucional. Tratamento de esgoto urbano: lançamento em águas fluviais. Intervenção do Poder Judiciário: situação excepcional. Princípio da separação dos Poderes: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 2º e 225. RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

Ct ***Política pública.*** Implementação: inocorrência. Transporte coletivo gratuito para idoso: previsão constitucional. Fiscalização do cumprimento da norma: omissão da autoridade competente. Intervenção do Poder Judiciário: situação excepcional. Princípio da separação dos Poderes: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 230, § 2º: eficácia plena e aplicabilidade imediata. AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

PrPn Posterior declinação do processo para competência da Justiça Federal. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

PrSTF Prazo: termo final. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

Trbt Prazo para repetição de indébito: redução de 10 para 5 anos. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

PrCv Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

PrSTF Prequestionamento explícito: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

Trbt Prescrição: contagem do termo *a quo*. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

PrPn Pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo: ocorrência. (...) ***Sentença penal condenatória.*** HC 101.131 *RTJ* 223/370

PrPn Princípio da ampla defesa e do devido processo legal: ofensa inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa inocorrente. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Trbt Princípio da independência e harmonia dos Poderes, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do acesso à Justiça. (...) ***Tributo.*** RE 566.621 *RTJ* 223/540

Pn Princípio da insignificância: aplicabilidade. (...) ***Descaminho.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Furto.*** HC 103.506 *RTJ* 223/396

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Moeda falsa.*** HC 105.829 *RTJ* 223/413

Adm Princípio da livre concorrência e da livre iniciativa: ofensa inocorrente. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Ct Princípio da livre iniciativa e equilíbrio concorrencial. (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602

Ct Princípio da razoável duração do processo. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

Ct Princípio da separação dos Poderes: ofensa inocorrente. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512 – AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

PrCv Princípio do devido processo legal e do promotor natural: ofensa inocorrente. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn ***Processo criminal.*** Crime de quadrilha e peculato: condenação. Pluralidade de réus: desmembramento. Celeridade da tramitação: conveniência da instrução criminal. AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Denúncia: elementos de informação obtidos em inquérito civil. Investigação conduzida pelo MP: apuração de ilícitos civis e administrativos. Princípio da ampla defesa e do devido processo legal: ofensa inocorrente. AP 396 *RTJ* 223/105

PrPn Prorrogação sucessiva: possibilidade. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

Pn Prosseguimento da ação penal: inocorrência de revisão *pro societate*. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

PrSTF Prova da causa de prorrogação em agravo regimental: possibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

Q

PrCv Questão de natureza regimental: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

R

PrSTF Ratificação da petição inicial pelo procurador-geral da República: desnecessidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

PrPn Ratificação dos atos decisórios pelo novo juízo competente: possibilidade. (...) ***Interceptação telefônica.*** HC 99.619 *RTJ* 223/361

PrSTF ***Reclamação.*** Legitimidade ativa autônoma. Ministério Público estadual. Ratificação da petição inicial pelo procurador-geral da República: desnecessidade. Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

PrCv Recurso ao Plenário: indeferimento por menos de um terço dos deputados. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria constitucional. Prequestionamento explícito: ausência. *Habeas corpus* de ofício: concessão. RE 514.531 *RTJ* 223/522

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prejudicialidade inocorrente. Norma impugnada: revogação. Controle difuso de constitucionalidade. RE 562.276 *RTJ* 223/527

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Tempestividade. Prazo: termo final. Expediente forense no juízo de origem: suspensão. Prova da causa de prorrogação em agravo regimental: possibilidade. Jurisprudência do STF: alteração. RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

Ct Regime de precatório: inaplicabilidade. (...) ***Sociedade de economia mista.*** RE 599.628 *RTJ* 223/602

Ct Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 102, § 4º. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Pn Regra de decisão: fato anterior à publicação da súmula vinculante. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

Ct Regulamentação da relação entre usuário e empresa prestadora de serviço de telefonia celular. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193

TrPrv Reingresso ao serviço público anterior à EC 20/1998: cargos inacumuláveis. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577

PrCv Relativização da coisa julgada. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

PrCv Repercussão geral: reconhecimento. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

PrCv Repropositura da ação: possiblidade. (...) ***Ação de investigação de paternidade.*** RE 363.889 *RTJ* 223/420

Ct Requisito constitucional. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Ct Requisito inocorrente. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Trbt Reserva de lei complementar. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Ct Resolução 1/2002-Congresso Nacional, arts. 5º, *caput*, e 6º, § 1º e § 2º: declaração incidental de inconstitucionalidade. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Trbt ***Responsabilidade tributária.*** Contribuições de seguridade social: natureza tributária. Solidariedade dos sócios em sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Patrimônios das pessoas física e jurídica: confusão. Desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica. CF/1988, arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único: ofensa. CTN/1966, arts. 124, II, 128, 134 e 135, III. Lei 8.620/1993, art. 13: inconstitucionalidade material. RE 562.276 *RTJ* 223/527

Trbt ***Responsabilidade tributária.*** Contribuições de seguridade social: natureza tributária. Solidariedade dos sócios em sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Reserva de lei complementar. CF/1988, art. 146, III, *b*: ofensa. Lei 8.620/1993, art. 13: inconstitucionalidade formal. RE 562.276 *RTJ* 223/527

Pn Restrição às atividades postais descritas no art. 9º da Lei 6.538/1978. (...) ***Crime de violação do privilégio postal da União.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Ct Retirada de assinaturas posterior à instauração: impossibilidade. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Pn Revogação. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

S

Ct Segundo ponto de acesso à internet: cobrança de taxa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.083 *RTJ* 223/254

PrPn Segundo processo: nulidade. (...) ***Sentença penal condenatória.*** HC 101.131 *RTJ* 223/370

PrPn ***Sentença penal condenatória.*** Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato. Coisa julgada: violação. Pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo: ocorrência. Segundo processo: nulidade. Decisão mais favorável ao réu: inaplicabilidade. HC 101.131 *RTJ* 223/370

Adm Serviço postal: regime de privilégio. (...) ***Serviço público.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

Adm ***Serviço público.*** Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública prestadora de serviço público. Serviço postal: regime de privilégio. Exclusividade para entrega de correspondências. Princípio da livre concorrência e da livre iniciativa: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 21, X. Lei 6.538/1978. ADPF 46 *RTJ* 223/11

Ct Serviço público: regime de privilégio e exclusividade. (...) ***Ordem econômica.*** ADPF 46 *RTJ* 223/11

TrPrv Servidor público aposentado: falecimento posterior à EC 20/1998. (...) ***Pensão por morte.*** RE 584.388 *RTJ* 223/577

PrSTF Sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: democracia participativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

Ct ***Sociedade de economia mista.*** Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE). Exercício de atividade econômica: regime de livre concorrência. Distribuição de lucro: objetivo. Regime de precatório: inaplicabilidade. Princípio da livre iniciativa e equilíbrio concorrencial. CF/1988, arts. 100 e 173, § 1º, II, e § 2º. RE 599.628 *RTJ* 223/602

Trbt Solidariedade dos sócios em sociedade por cotas de responsabilidade limitada. (...) ***Responsabilidade tributária.*** RE 562.276 *RTJ* 223/527

Ct Subordinação jurídica ao TRF: ausência. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

Ct Subterfúgio para deslocamento de competência: abuso de direito. (...) ***Competência originária.*** AP 396 *RTJ* 223/105

Pn Súmula Vinculante 9: aplicabilidade. (...) ***Execução penal.*** Rcl 7.358 *RTJ* 223/261

Ct Súmula Vinculante 14. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** MS 30.906-MC *RTJ* 223/661

Trbt Súmula Vinculante 31. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 626.706 *RTJ* 223/650

PrCv Suporte documental: liquidez dos pressupostos fáticos. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.441 *RTJ* 223/301

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** AP 396 *RTJ* 223/105

T

Ct Telecomunicações. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193 – ADI 4.083 *RTJ* 223/254

PrSTF Tempestividade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 626.358-AgR *RTJ* 223/643

Pn Teoria da existência jurídica. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.998 *RTJ* 223/401

Ct Transporte coletivo gratuito para idoso: previsão constitucional. (...) ***Política pública.*** AI 707.810-AgR *RTJ* 223/654

Ct Tratamento de esgoto urbano: lançamento em águas fluviais. (...) ***Política pública.*** RE 417.408-AgR *RTJ* 223/512

Trbt ***Tributo.*** Lançamento por homologação. Prazo para repetição de indébito: redução de 10 para 5 anos. Prescrição: contagem do termo *a quo*. Jurisprudência consolidada quando do advento da lei pretensamente interpretativa. Princípio da independência e harmonia dos Poderes, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do acesso à Justiça. CF/1988, arts. 2º e 5º, XXXV e XXXVI. CTN/1966, arts. 106, I, e 168, I. Lei Complementar 118/2005, art. 3º: aplicabilidade após *vacatio legis*. Lei Complementar 118/2005, art. 4º, segunda parte: inconstitucionalidade. RE 566.621 *RTJ* 223/540

Pn Tributo de pequeno valor. (...) ***Descaminho.*** RE 514.531 *RTJ* 223/522

Ct Turma Recursal de Juizado Especial Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 586.789 *RTJ* 223/590

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.846 *RTJ* 223/193 – ADI 4.083 *RTJ* 223/254

Ct Urgência: ausência. (...) ***Medida provisória.*** ADI 4.029 *RTJ* 223/203

PrCv Usurpação de competência originária: inexistência. (...) ***Inquérito civil.*** AP 396 *RTJ* 223/105

V

PrPn Verificação da verossimilhança: diligência com cautela e discrição. (...) ***Investigação criminal.*** HC 106.664-MC *RTJ* 223/677

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

46	(ADPF)	Rel. p/ o ac.: Min. Eros Grau	223/11
396	(AP)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	223/105
3.846	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	223/193
4.029	(ADI)	Rel.: Min. Luiz Fux	223/203
4.083	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	223/254
7.358	(Rcl)	Rel.: Min. Ellen Gracie	223/261
26.441	(MS)	Rel.: Min. Celso de Mello	223/301
30.906	(MS-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	223/661
99.619	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Rosa Weber	223/361
101.131	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	223/370
103.506	(HC)	Rel.: Min. Rosa Weber	223/396
104.998	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	223/401
105.829	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	223/413
106.664	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	223/677
363.889	(RE)	Rel.: Min. Dias Toffoli	223/420
417.408	(RE-AgR)	Rel.: Min. Dias Toffoli	223/512
514.531	(RE)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	223/522
562.276	(RE)	Rel.: Min. Ellen Gracie	223/527
566.621	(RE)	Rel.: Min. Ellen Gracie	223/540
584.388	(RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	223/577
586.789	(RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	223/590
599.628	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	223/602
626.358	(RE-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	223/643
626.706	(RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	223/650
707.810	(AI-AgR)	Rel.: Min. Rosa Weber	223/654

Este livro foi concluído
em 29 de abril de 2013.
Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal